المدخل إلى القانون

النظرية العامة للقاعدة القانونية

دكتور
رمضان أبو السعود
أستاذ ورئيس قسم القانون المدني
كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية
المحامي لدى محكمة النقض

دكتور
همام محمد محمود زهران
أستاذ القانون المدني
كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

١٩٩٧

دار المطبوعات الجامعية
أمام كلية الحقوق ت: [illegible] - إسكندرية

مقدمــة *

١ - الهدف من مقرر المدخل الى القانون :

نهدف من خلال هذا المقرر إلى تحقيق التهيئة الذهنية لدارسي سائر فروع علم القانون ، وذلك من خلال إمداده بالأسس القانونية العامة لمختلف فروعه والتعريف بمصطلحاته الأساسية وبوظيفة القانون فى مجموعه ووسائله لتحقيقها والإشارة إلى تقسيماته الأساسية والنظر فى مصادره ونطاق تطبيقه وتفسيره ثم الإلمام بنظرية الحق لما تتسم به من إرتباط مع القاعدة القانونية (١) .

٢ - المقصود بإصطلاح القانون :

قد يستخدم هذا الإصطلاح للدلالة على **مجموعة القواعد المنظمة للسلوك فى نطاق نشاط إنسانى معين** شأن قانون العمل المنظم لعلاقات العمل والقانون التجارى المنظم للمعاملات التجارية والقانون الدولى العام المنظم للعلاقات الدولية وهكذا بتعدد النشاط الإنسان فى محل التنظيم .

- **كما قد** يستخدم للدلالة على **المصدر الرسمى التشريعى للقاعدة التنظيمية** . فيقال مثلاً قانون المحاماة أو قانون تنظيم الجامعات ، وهو بهذا المعنى يستخدم للدلالة على ان التشريع هو المصدر الرسمى للقاعدة القانونية المعنية .

ولعل أهمية التشريع ووزنه النسبى بين المصادر الرسمية للقانون هى التى دعت إلى الترخص فى إطلاق إصطلاح « القانون» على التشريع (٢) .

وهو ما يفسر دقة القول بأن كل **تشريع قانون وليس كل قانون تشريع** ، ليظل مفهوماً أن التشريع ما هو إلا أحد المصادر الرسمية للقانون فى عمومه كمجموع القواعد الملزمة المنظمة للسلوك الإجتماعى .

* أعدها الدكتور همام محمد محمود زهران .

(١) د. توفيق فرج - المدخل للعلوم القانونية - مكتبة مكاوى ، بيروت ١٩٧٥

(٢) د. حسن كيرة ، المدخل إلى القانون - منشأة المعارف - ١٩٧٤ .

كما قد يستخدم **إصطلاح القانون** للمقابلة بين **ما هو قانون وضعي وقانون طبيعي** . ويراد **بالإصلاح الأول** : الدلالة على مجموع القواعد القانونية النافذة في مجتمع معيّن في وقت معيّن ، كما إذا قلت القانون الوضعي المصرى للدلالة على القواعد القانونية المعمول بها فى الزمن الحاضر فى جمهورية مصر العربية وهكذا فى باقى الدول .

في **المقابل** فإن إصطلاح **القانون الطبيعي** – فيما لحق مضمونه من تطور - يستخدم **للدلالة على مجموعة القواعد** التى تمثل الموجهات المثالية للعدل التى يهتدى إليها العقل ، والتى تعد بمثابة **أحد المصادر الموضوعية** التى تستلهمها المصادر الرسمية لدى إعدادها لقواعد القانون الوضعى .

– أخيراً ينصرف إصطلاح **القانون** فى المعنى الواسع له ، **للدلالة** على ...ع القواعد الملزمة المقترنة بالجزاء ، الذى تفرضه السلطة العامة ، ... للسلوك فى المجتمع – أياً كان نوع العلاقة محل التنظيم وأياً كان ...ها الرسمى . وإلى هذا **المعنى الأخير** تنصرف دراستنا فى هذا ...

٣ - القانون ظاهرة إجتماعية :

القانون بوصفه مجموع القواعد الملزمة المنظمة للسلوك داخل المجتمع وجد فى جميع المجتمعات قديمها وحديثها أياً كانت درجة تمدنها ، طالما تحقق فى إطار هذا المجتمع السلطة القادرة على وضع التنظيم وعلى فرض إحترامه ، على ما مرّ بهذه السلطة من تطور عبر التاريخ بدءاً من سلطة رب الأسرة ورئيس القبيلة والعشيرة إلى ما نراه من تنظيم فى المجتمعات المعاصرة للسلطة القائمة على وضع التشريع وما يشاركها من مصادر رسمية أخرى يعهد إليها بوضع قواعد القانون الوضعى .

ويتعيّن أن يُفهَم القانون الوضعى فى هذا المقام على أنه ينصرف للقواعد الملزمة المنظمة للسلوك داخل المجتمع سواء كانت من وضع البشر سواء تنزيلاً من لدن الحكيم الخبير الذى استخلف البشر فى الأرض وفقاً **لشرع إلهي يحفظ لهم دنياهم وآخرتهم . وفي ذلك يقول سبحانه : « فتلقى**

آدم من ربه كلمات فتاب عليه إنه هو التواب الرحيم » (١) .

ومن ثم كان التلازم بين القانون والمجتمع من ناحية وبين القانون والجزاء الذى يدعم احترامه ويؤاخذ على مخالفته من ناحية أخرى .

٤ – القانون ضرورة إجتماعية :

أشار القرآن الكريم **للطبيعة الإجتماعية** للإنسان فى قوله « **يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم إن الله عليم خبير** » (٢).

هذه الطبيعة الإجتماعية مردها أن حوائج الإنسان النفسية والمادية **لا** تشبع على الوجه الأمثل إلا من خلال العيش فى جماعة وتبادل العلاقات بين أفرادها . كما أشار القرآن الكريم **لحاجة الإنسان للمنهج** المنظم لحياته فى جميع أوجهها فى قوله « **قلنا اهبطوا منها جميعاً فإما يأتينكم منى هدى فمن تبع هداي فلا خوف عليهم ولا هم يحزنون** » (٣).

وتظهر ضرورة القانون كقواعد ملزمة منظمة للسلوك فى أن **وجوده** يُجَنِّب المجتمع الفوضى الإجتماعية الناتجة عن سعى كل فرد **إلى** إشباع حاجاته بطريقة أنانية الغلبة فيها للقوة بغير اعتبار للمشروعية(٤) **فى** إختيار سبيل إشباع الحاجة وبغير مراعاة لإعتبارات العدالة والتوازن **وفى** غير حرص على تجنب التعسف والغلو لدى مباشرة الحقوق . **ومن ثم** تظهر الحاجة إلى تنظيم ملزم يستهدف تحقيق العدالة(٥) **ويرعى التوازن** بين المصالح الخاصة والتوفيق بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة .

---

(١) آية ٣٧ سورة البقرة .

(٢) آية ١٣ من سورة الحجرات .

(٣) آية ٣٨ من سورة البقرة .

(٤) أنظر قوله ﷺ « إن أبغض الرجال إلى الله الألد الخصم » أى من خاصم فى باطل **وهو يعلمه** » . **وقوله « الظلم ظلمات يوم القيامة »** .

(٥) « **وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل ...» آية ٥٨ من النساء . « وأمرت لأعدل بينكم ...» آية ١٥ من الشورى . وقوله ﷺ « المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه ...»**

٥ - وظيفة القانون :

تتمثل **وظيفة** القانون فى **تحقيق التوازن** بين المصالح الخاصة فيما بينها من **ناحية وبين** المصلحة الخاصة والمصلحة العامة **من ناحية أخرى** .

ولا شك أنّ **صيغة التوازن** القانونى بين هذه المصالح إنما تأتى **إنعكاساً** لتفاعل العوامل الإقتصادية ، الإجتماعية ، السياسية ، الأخلاقية والدينية السائدة فى المجتمع فى وقت معيّن . بالنظر لأن القانون كعلم إجتماعى يتأثر بالبيئة محل التنظيم . وهو ما يفسّر إختلاف التنظيم القانونى من مجتمع لآخر ومن وقت لآخر حسب ما يسود فيه من عوامل مؤثرة (١) .

فعلى مستوى تحقيق التوازن بين المصالح الخاصة يستهدف القانون تحقيق العدالة ومنع سيطرة القوى على الضعيف . وهو ما يفسّر القيود الواردة على **مضمون الحقوق** بمعنى مدى السلطات التى يخولها الحق لصاحبه -- والحريات بما يمنع إطلاقها **والضوابط الوظيفية على ممارستها** بما يحول دون التعسف لدى مباشرتها .

فالإستعمال المشروع رهن بإحترام **الغرض الإجتماعى** الذى قصد إليه الشارع من الاعتراف بالحق أو بالحرية (٢) . كما هو قرين بالمصالح الحقيقية الراجحة التى يقرها الشارع بما يسمح بتعايش المصالح وتمتع الجميع بنفس الحقوق والحريات فى غير تعسف .

(١) فبينما تجد الملكية الخاصة لوسائل الإنتاج والحرية التعاقدية نطاقاً واسعاً فى المجتمعات ذات الإقتصاد الحر فإنها تكون محلاً للتقييد فى الدول ذات الإقتصاد الموجه. وبينما يتسع نطاق الحقوق والحريات فى الدول ذات الإتجاه الديموقراطى فإنها تضيق فى الدول الديكتاتورية .

(٢) من **قبيل ذلك** تقرير **الحق فى الإنهاء** بالإرادة المنفردة فى عقد العمل غير المحدد المدة لصاحب العمل بغرض تمكينه من **حسن إدارة المشروع** وضبط النظام فيه وإنتقاء الكفاءات اللازمة . ومن ثم يكون إستعمالاً غير مشروع للحق فى الانهاء ، ذلك **الذى يستند الى أصل العامل أو لغته أو معتقداته الدينية أو السياسية ، بالنظر لأن كل ذلك يمثل إنحرافاً عن الغرض الإجتماعى الذى قصد اليه الشارع من تقرير الحق فى الإنهاء**

فالحياة الإجتماعية تفرض ضوابطاً وقيوداً مراعاة لمصالح الآخرين ولمصلحة الجماعة ككل . وعلى اعتبار أن هذه القيود تفرض على نحو تبادلى على جميع أصحاب الحقوق والحريات فهى مفيده لمن فرضت عليه فائدتها لمن فرضت له . لأن احترام مصالح الآخرين وحقوقهم هو السبيل لإحترام الغير للمصلحة المقابلة . وفرض الضوابط على ممارسة الحرية هو السبيل لتمتع الجميع بنصيب مماثل ومتكافئ منها ، بما يحقق المساواة والعدالة فى الاقتطاع والانتفاع . إذ لولا التقييد الجزئى لفقد الإنتفاع بالكل .

ومن أهم الأسس التى **أرستها الشريعة الإسلامية** لتحقيق التوازن **بين المصالح الخاصة** المعتبرة (١) ، **المبادئ الآتية** (٢):

١ - إقامة العدل والمساواة :

وفى شأن **العدل** كأساس للتنظيم يقول الله تعالى: **﴿وإذا حكمتم بين**

= ومن **قبيل ذلك** أيضاً **الحق فى التقاضى** الذى شرع للمطالبة بالحق أو بالزود عنه.

ومن ثمّ فإن مشروعية مباشرته منوطة بوجود مصلحة جدية ومشروعة . فإذا تبين أن المدعى كان مبطلاً خصَمَ فى دعواه ولم يقصد بها إلا مضارة خصمه والنكاية به فإنه لا يكون قد باشر حقاً مقرراً فى القانون بل يكون عمله خطأ يجيز الحكم عليه بالتعويض (نقض مدنى طعن ١٧٤ س٢٠ق جلسة ١٩٥٦/٢/١٨ م .م. ف س ١٦ ع١ س٦٥ ص ١٧٨ قاعدة ٢٨) .

(١) ويقصد بالمصلحة المعتبرة ما غلبت منفعته متفقة مع مقصود الشرع . ومقصود الشرع من الخلق خمسة : حفظ الدين - النفس - العقل - النسل والمال . بحيث كل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة هو مصلحة ، وكل ما يفوتها هو مفسدة ودفعها مصلحة . إنظر فى ذلك الأستاذ د. عبد المنعم فرج الصدة - دراسة مقارنة فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى فى المعاملات المالية - ط جامعة الدول العربية ١٩٧٠ ص ١٨ .

وانظر فى تعريف المصلحة المعتبرة من أنها ما يتفق مع مقصود الشرع وليس ما يجرى به الهوى قوله تعالى « وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم » آية ٤٩ من سورة المائدة .

(٢) الأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء المدخل الفقهى العام - جـ ٢ - دار الفكر ، بيروت ط ١٠ ١٩٦٨ ، الأستاذ سليم رستم باز شرح المجلة دار إحياء التراث العربى - ط ٢ .

النـاس أن تحكمـوا بالـعدل » وقوله « **وأوفـوا الكيـل إذا كلتـم وزنـوا بالقسطاس المستقيم ذلك خير وأحسن تأويلا** » (١). وفي شأن المساواة يقول الرسول عليه الصلاة والسـلام : كلكم لآدم وآدم من تراب ، لا فضل لعربي على أعجمي إلا بالتقوى ، وهو ما قننه الدستور المصري في م ٤٠ «المواطنون لدى القانون سواء ، وهـم متساوون في الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة».

٢- لا ضرر ولا ضرار :

وهو ما يجد أساسه في قوله تعالى « **لا تضـار والدة بولدها ولا مـولود له بولده** » (٢) وقـوله « **ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن** » (٣) . وقوله « **ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا** »(٤) . وقوله ﷺ « من ضار ضره الله ومن شـاق شق الله عليه » . ومن ثم لا يجوز لأحد أن يضـر أخاه ابتداء ولا جزاء ، بمعنى أنه لا يبادئه به ولا يبادله مثلاً بمثل .

هذا المبدأ تتفرع عنه **عدة نتائج أهمها :**

أ- *الضرر يدفع بقدر الإمكان :*

بمعنى وجوب دفع الضرر قبل وقوعه لأن الوقاية خير من العلاج . ومن ثم فإنه إذا تعارض المانع والمقتضي ، يقدم المانع لأن درء المفسدة مقدم على طلب المنفعة شأن منع الشريك المشتاع من التصرف في المال الشائع بصورة تضر بباقي الشركاء لأن حق شريكه مانع وإن كان حقه نفسه مقتضي .

ومن ذلك التدابير المقررة لحجز المصابين بأمراض عقلية (قانون ١٤١ لسنة ١٩٤٤) إذا كان من شأن هذا المرض أن يخل بالأمن أو النظام العام أو يخشى منه على سلامة المريض أو سلامة الغير طبقاً لأحكام القانون . فحقه هو عدم تقييد حريته ... ولكن حقه هذا قد يؤدي للإضرار بمن حوله ...

(١) آية ٣٥ من سورة الإسراء .

(٢) آية ٢٣٣ من سورة البقرة

(٣) آية ٦ من سورة الطلاق .

(٤) آية ٢٣ من سورة البقرة .

وشأن الاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض المعدية ، من تحصينات وتطعيمات إجباري (قرار بقانون ١٣٧/١٩٥٨ - قرار وزير الصحة ٦٩٥/ ١٩٨٤ - قرار وزير الصحة ٣٨٦/١٩٥٩ بشأن الاجراءات الوقائية لمكافحة التسمم الغذائي) (١).

ب- *الضرر يزال :*

أي وجوب رفع الضرر وإزالة آثاره في حالة وقوعه فعلاً . ومن تطبيقاته ضمان المتلفات (٢) ورد المبيع لوجود عيب فيه (م ٤٤٧ مدني) وكذلك تنظيم أحكام السفل والعلو (م ٨٥٩ - ٨٦٠ - ٨٦١ مدني) وأحكام خيار الغبن (م ٤٢٥ - ٨٤٥ مدني) وأحكام الإبطال لعيب من عيوب الإرادة (م ١٢٠ -١٢٩ مدني).

جـ- *ارتكاب أخف الضررين :*

بمعنى أن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف . ومن تطبيقاته تقرير النفقة للفقراء على الأغنياء من الأقارب لأن تضرر الأغنياء بفرضها أقل من ضرر الفقراء من عدم تقريرها . وكذا تقرير الحق في المرور للأرض المحبوسة على أساس أن ضرر الاحتباس متمثلاً في الحرمان من الاستعمال والاستغلال المألوفين أشد من الضرر الناجم عن فرض الحق في المرور على أرض الجار . وذات المبدأ يراعى لدى اختيار أي من أراضي الجيران وفي أي موضع منها يفرض الحق في المرور (القيود الخاصة بالاتصال بالطريق العام) وهو نفس الأساس الذي تقوم عليه باقي القيود القانونية على حق

(١) والاجراءات الوقائية لمنع تسرب الأوبئة وظهور الأمراض المعدية شأن قرارات عزل أو مراقبة أو ملاحقة الأشخاص والحيوانات والاشتراطات الصحية لدخول البضائع (قرار بقانون ١٢٧ لسنة ١٩٥٨) ومن ذلك تقرير الحق في الشفعة دفعاً لضرر سوء الجوار (م ٩٣٥ مدني) . وكذلك الحجر على السفيه دفعاً لضرر سوء تصرفاته عن نفسه وأسرته ودائنيه . ومن ذلك القيود على حرية التجارة أو حرية استغلال الملك فيما يضر الجماعة شأن منع الاتجار في المخدرات ومنع تجريف الأرض الزراعية ومنع تبويرها . وكذلك القيود لتنظيم المباني بالارتفاعات والمسافات وأيضاً أحكام تسعير السلع الأساسية .

(٢) م ١٦٣ مدني « كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض » .

الملكية (حق الشرب – حق المجرى – حق المسيل أو المصرف. والتي يجمعها أنها خاصة بالري الزراعي) (١).

د – درء المفسدة مقدم على جلب المنفعة :

لقوله ﷺ « إذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه ، وإذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم » وهو ما عبّر عنه الفقه بأن « التخلية أولى من التحلية » .

ومن تطبيقاته امتناع التبرع بالعضو حيث يتأكد أو يغلب على الظن تضرر المتبرع ، بغير أن يشفع لذلك الفائدة المحتملة للمتبرع له (٢).

٣ – إذا زال المانع عاد الممنوع :

من تطبيقات ذلك أنه إذا زال الاضطرار المبيح للمحظور ارتفعت الإباحة. ومن ذلك أنه إذا تزوجت المرأة وسقط حقها في الحضانة فإنها إذا بانت عاد حقها لزوال المانع (٣). وكذلك الرجل إذا تزوج أحد أختين تحرم عليه الأخرى ، ولكن إذا ماتت زوجته أو طلقها تحل له الأخت الأخرى لزوال المانع وهو الجمع بين الأختين .

٤ – المشقة تجلب التيسير :

وأساسها قوله تعالى : **يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر** » وقوله : **وما جعل عليكم في الدين من حرج** » . ويقصد بالمشقة المرخصة للتيسير المشقة المتجاوزة الحدود العادية ، بحيث لا تبرر المشقة المعتادة الملازمة لتنفيذ التزام ، الإعفاء منه .

ومن تطبيقاته وقف التقادم لوجود مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيا (م ٣٨٢ مدني) (٣).

---

(١) ومن تطبيقات ذلك ما ورد في م ٩٢٨ مدني « إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة ، جاز للمحكمة إذا رأت محلاً لذلك أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن يتنزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء وذلك في نظير تعويض عادل » .

(٢) ومن ذلك قيود تنظيم المباني بالارتفاعات والمسافات وفتح المطلات وكذا منع الاحتكارات والغش في تحديد الأسعار وذلك دفعاً للضرر العام . ومن تطبيقاته [illegible] تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع ومن ذلك منع مالك الحائط من هدمه بغير عذر قوي إذا كان في هدمه ضرر للجار الذي يستتر ملكه بالحائط (م ٨١٨ مدني) ومن ذلك منع الإتجار في المحرمات .

(٣) ومن ذلك أن يرفض طلب الرجوع في الهبة [illegible] لوجود مانع فإذا زال المانع عاد حق الرجوع (م [illegible] مدني) .

(٣) سواء اعتبرنا التقادم [illegible] مرور الزمن بغير مطالبة بالحق [illegible] مسقطا للحق أو [illegible]

ومن تفريعات ذلك :

أ- الأمر إذا ضاق اتسع :

بمعنى أنه إذا طرأ ظرف استثنائي أصبح معه الحكم الأصلي المقرر للحالات العادية مرهقاً ومحرجا للمكلفين ، فإنه يخفف ويوسع عليهم حتى يسهل ، مادامت الضرورة قائمة ، فإذا انفرجت الضرورة عاد الحكم إلى أصله وهذا معنى أنه إذا اتسع الأمر ضاق .

وهو ما يصدق على العبادات(١) صدقه على المعاملات(٢).

ب- الضرورات تبيح المحظورات والضرورة تقدر بقدرها:

وأساس ذلك قوله تعالى : « **إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم** » (٣).

ومؤداها أن الأشياء الممنوعة تعامل معاملة المباح في حالة الضرورة وبالقدر اللازم زمناً وموضوعاً لمواجهتها .

والمعيار في ذلك أن يكون الضرر الناتج عن الامتناع عن المحظور أكبر من إتيانه(٤).

= مانعاً من المطالبة به . وما قرره المشرع المصري من أنه لا يسري التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات في حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو في حق الغائب أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جناية إذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً (م ٣٨٢ / ١ مدني) .

(١) ففي نطاق العبادات شرع التيمم عند عدم وجود الماء أو مضرة استخدامه .

(٢) وفي نطاق المعاملات شرعت نظرية الظروف الطارئة لمواجهة ما يجد من حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلاً [illegible] صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، بما يجيز للقاضي – خروجاً على قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين – تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول (م ١٤٧ / ٢ مدني) . وهو ما اتخذ أساساً لنظرة الميسرة للأخذ بيد المدين وإقالة عثرته (م ٣٤٦ / ٢ مدني) .

(٣) آية ١٧٣ من سورة البقرة

(٤) ومن تطبيقات ذلك ما أجازه الدستور للسلطة التنفيذية في الحلول محل السلطة التشريعية لسن التشريع العادي الذي هو من اختصاصها الأصيل لمواجهة حالة الضرورة (م ١٠٨ – م ١٤٧ من الدستور) .

ومن ذلك تحريم الدفاع الشرعي عن النفس والعرض والمال كسبب للإباحة بضوابطه (م ٢٤٥ ع) « لا عقوبة مطلقاً لمن قتل غيره أو أصابه بجراح أو ضربه أثناء استعماله

ومن تطبيقات أن الضرورة تقدر بقدرها ضرورة اقتصار الدفاع الشرعي على ما يلزم لدرء الاعتداء على النفس والمال والعرض (م ٢٥١ ع). وضرورة التزام السلطة التنفيذية حيث تتدخل في الاختصاص التشريعي لمجلس الشعب لمواجهة حالة الضرورة بما يقتضيه مواجهة هذه الظروف الاستثنائية من الناحية الموضوعية والزمنية (م ١٨٠ - م ١٤٧ من الدستور المصري) (١).

٥ - اليقين لا يزول بالشك :

أي يبقى الأمر المتيقن هو المعتبر الى ان يتحقق من حدوث السبب المزيل له . وأساس ذلك قوله تعالى « **وما يتبع أكثرهم إلا ظناً إن الظن لا يغني من الحق شيئاً** » .

ومن السنة « إن الظن أكذب الحديث » .

ومن اهم ما **يتفرع** عنها :

أ- الأصل بقاء ما كان على ماهو عليه :

بمعنى اعتبار الحالة الثابتة في وقت ما مستمرة في سائر الأوقات حتى يثبت انقطاعها او تبدلها (٢) .

- حق الدفاع الشرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس غيره او ماله وقد بيّنت في المواد الآتية الظروف التي ينشأ عنها هذا الحق والقيود التي يرتبط بها « (م ٢٤٦ ع - م ٢٤٩ ع - م ٢٥٠ ع) .

(١) ومن ذلك ان حالة الضرورة (م ٦١ ع) يقتصر اثرها على الاعفاء من العقاب دون إباحة الجريمة مع بقاء مسئوليته المدنية عما سببه للغير من اضرار ، لأن الاضطرار لا يبطل حق الغير . وفي ذلك جاءت م ١٦٨ مدني مقررة « من سبب ضرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبر محدقاً به او بغيره ، لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً » .

أرجع د. رمسيس بهنام - النظرية العامة للقانون الجنائي - منشأة المعارف ١٩٦٥ .

(٢) ومن تطبيقات ذلك ما تزخر به قواعد الحيازة من احكام (م ٩٥١ /٢ مدني - م ٩٥٥ مدني - م ٩٦٤ مدني - م ٩٦٧ مدني - م ٩٦٨ مدني - م ٩٧١ مدني) .

ومن ذلك احكام المفقود وهو من غاب عن موطنه واكتنف الشك مصيره بحيث لا يمكن القطع باستمراره حياً او بصيرورته ميتاً إذ يعامل باعتباره حياً باعتباره الأصل المتيقن منه الى ان يحكم بفقده (م ٤٥ من القانون ١٩١٢/٧٧ بشأن المواريث).

ب- الأصل براءة الذمة :

لأن الأصل في الأمور العارضة العدم . والمقصود بالأمور العارضة ما كان عدمها هو الحالة الأصلية أو الغالبة لها ، فيكون العدم هو المتيقن لأنه الحالة الطبيعية . ويكون تغيُّره الى الوجود عارضاً مشكوكاً فيه . ومن تطبيقات ذلك أن البيّنة على من إدعى واليمين على من أنكر .

٦ - العادة محكمة :

ومن تفريعات ذلك أن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً وأن التعيين بالعرف كالتعيين بالنص .

وهو ما أدخله القانون في الاعتبار لدى تحديد ما يعد من مستلزمات العقد (م ١٤٨ /٢ مدني) (نطاق العيب المضمون والعيب المتسامح فيه (م ٤٤٨ مدني) .

٧ - من استعمل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه :

ومن ذلك أن « القاتل لا يرث م من القانون ٧٧ لسنة ١٩٤٣ . وبطلان التعامل في التركة المستقبلة (م ٢/١٣١ مدني) .

٨ - إذا تعذر الأصل يصار الى البدل :

ومن ذلك العدول عن التنفيذ العيني إذا أصر المدين على رفض التنفيذ وكان تنفيذه يقتضي تدخله الشخصي او إستحال عليه التنفيذ لخطاه . إلى التنفيذ بمقابل (م ٢٠٤ - ٢١٥ مدني) .

٩ - الغرم بالغنم :

أي أن التكاليف التي تحصل من الشيء تكون على من يستفيد منه شرعاً . وهو احد الأسس في تقرير النفقة بين الأقارب لأن القرابة سبباً للإرث . وكذا تحمل بيت المال لنفقة اللقيط لأنه تعود إليه تركته إذا مات بغير قريب وارث (١) .

١٠ - التابع تابع :

بمعنى ان التابع لغيره في الوجود يتبعه في الحكم . والتابع هو ما كان

---

(١) وكذلك التزام الملاك طبقات الدار بتكاليف حفظ الأجزاء المشتركة وصيانتها وتجديدها م ٨٥٨ مدني . وكذلك التزام المستأجر بالترميمات التأجيرية (م ٥٨٢-٥٨٣ مدني)

جزءاً من غيره أو كالجزء في الاتصال العضوي به كالجنين في بطن أمه واللبن في الضرع أو الأجزاء المشتركة للمبنى كالسلم أو كان من ضروراته الوظيفية شأن ما أعد بصفة دائمة لاستعماله وهو ما يُعرف بالملحقات(١) .

ومن أهم تفريعات هذه القاعدة أن من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته (م ٢/٨٠٣ مدنى ، ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها الى الحد المفيد في التمتع بها علواً وعمقاً) .

ومن ذلك أنه إذا سقط الأصل سقط الفرع ولا عكس . ومن تطبيقاتها أنه إذا أبرأ الدائن المدين برئ كفيله بخلاف ما لو أبرأ الدائن الكفيل ، فإن دين المدين لا يسقط (م ٧٨٢ مدنى) ومن أنه لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً (م ٧٧٦ مدنى) .

١١ - الساقط لا يعود :

أى أن صاحب الحق بإسقاطه لحقه لا يملك إعادته (٢).

١٢ - يلزم مراعاة الشروط بقدر الإمكان :

وأساس ذلك احترام الإرادة المشتركة للمتعاقدين وما توجبه الثقة في التعامل . وهو ما يتأسس على قوله تعالى : « **يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود** » وقوله : « **وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً** » . وفي السنة : « المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً » وهو ما يفسر أن ضرورة إحترام الشرط منوطة بعدم مخالفته للشرع وللنظام العام والآداب . وهو ما تبناه القانون الوضعي في م ١٤٧ ، م ١٤٨ مدنى ، م ١٣٥ مدنى وتطبيقاتها (م ٨٢٤ مدنى ، م ٤٥٣ مدنى) .

---

(١) ومن تطبيقات ذلك أن ملكية الشيء تنصرف بذات سندها الى كل ما يعد من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير (م ١/٨٠٢ مدنى) ومن ذلك التزام البائع بتسليم ملحقات الشيء المبيع تبعاً لتسليم المبيع (م ٤٣٢ مدنى) .

(٢) ومن ذلك انقضاء الحق في الحبس بخروج الشيء من يد حائزه أو محرزه ما لم يكن ذلك قد تم خفية أو بالرغم من معارضته (م ٢٤٨ مدنى) . ومن ذلك أنه تزول الحيازة إذا تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية على الحق أو إذا فقد هذه السيطرة بأية طريقة أخرى (م ٩٥٦ مدنى) . ومن ذلك انقضاء الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً ويتم الابراء متى وصل الى علم المدين (م ٣٧١ مدنى) .

١٣ - الجواز الشرعي ينافي الضمان :

بمعنى أنه لا مسئولية فيما هو جائز شرعاً وتم إستعماله باحترام الغرض الإجتماعي المقدر له وهو ما قرره المشرع المصري في م٤ مدنى (١).

١٤ - لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير إلا بإذنه :

وفي ذلك حماية لحقوق الغير اللهم إذا كان التصرف بإذنه أو وكالته أو الولاية عليه . وفي حالة المخالفة يكون التصرف غير نافذاً في حق المالك وسبباً للضمان بالنسبة للمتصرف (انظر حكم بيع ملك الغير في القانون المصري م ٤٦٥ وما بعدها) .

١٥ - المباشر ضامن وإن لم يتعمد :

ويُقصد بالمباشر من يحصل الضرر بفعله ومن ثم فهو فهو ضامن سواء كان عامداً أو مخطئاً . وهو ما تبناه المشرع في م ١٦٣ مدنى وعلى المستوى الجنائي استحدث المشرع التجريم بعقوبة المخالفة لمن تسبب بإهماله في إتلاف شيء من منقولات الغير (م ٣٧٥ عقوبات معدلة بالقانون ١٦٩ / ١٩٨١) .

١٦ - المتسبب ضامن إذا كان متعدياً :

والمتسبب هو الذى لا يباشر الضرر على الغير بطريقة مباشرة لأن يصدر عنه ما يؤدي اليه شأن من حفر حفرة في الطريق العام بدون إذن وليّ الأمر أو بإذنه لكن بغير اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع الوقوع فيها . وكذا من ترك غرفة الكهرباء مفتوحة بغير الاحتياط اللازم ، وهو ما يدخل في عموم م ١٦٣ « كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض » أما اشتراط **التعدى** كشرط للمسئولية فمرده أن الجواز الشرعي ينفي الضمان ، كمن حفر حفرة في داخل ملكه الخاص فدخل فيه شخص بغير إذن وسقط فيها فلا ضمان عليه .

---

(١) ومن تطبيقات أن الانهاء المشروع لعقد العمل غير المحدد المدة لا يرتب أية مسئولية على عاتق الطرف المنهى (م ٦٩٥ مدنى) . ومن ذلك أنه إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه ، انفسخ البيع واسترد المشترى الثمن إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشترى بتسليم المبيع (م ٤٣٧ مدنى) .

وعلى مستوى التوفيق بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة ، فإن من اهم ما يقوم عليه التنظيم من مبادئ ما يلي :

١ – *التصرف على الرعية منوط بالمصلحة :*

بمعنى أن الجواز الشرعي لسلطة الإدارة رهين بسعيها لمصلحة الجماعة وعدم الإنحراف فى استعمال السلطة .

واساس ذلك ما ورد عنه ﷺ « من استعمل رجلاً في عصابة (اى من جماعة) وفيهم من هو ارضى لله منه ، فقد خان الله ورسوله والمؤمنين »(١).

وفي توجيه الرسول للحكام على مراعاة **مصالح العباد قوله** لمعاذ بن جبل وابو بردة حيث بعثهما لليمين « يسرا ولا تعسرا وبشرا ولا تنفرا، وتطاوعا » وقوله « فكوا العاني وأجيبوا الداعي » وتحريم الغلّ (٢).

وفى القانون الوضعي الوضعي نجد نصوص **قانون العقوبات** التى تحاسب الموظفين عن تجاوزهم حدود وظائفهم وتقصيرهم فى أداء واجباتهم المتعلقة بها (الباب الخامس من الكتاب الثانى) وكذلك الباب السادس من ذات الكتاب الذى يعاقب على الإكراه وسوء المعاملة من الموظفين لأفراد الناس .

وعلى مستوى **القانون الإدارى** فإن شرعية العمل الادارى رهن باحترام الشرعية وهو ما يكون محلاً للمراقبة فى جميع صورها سواء

---

(١) ما من عبد إسترعاه الله رعية فلم يحطها بنصيحة إلا لم يجد رائحة الجنة» ، «ما من وال يلى رعية من المسلمين يموت وهو غاش لهم إلا حرّم الله عليه الجنة » . وذلك كله تأسيساً على قوله تعالى : « يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله ... ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون » ، « ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون » وهو ما وضعه الخلفاء الراشدون موضع التطبيق .

انظر مقالة ابو بكر الصديق رضي الله عنه « اما بعد ايها الناس فقد وليت عليكم ولست بخيركم ، فإن احسنت فاعينوني وإن اسأت فقوموني .. اطيعوني ما اطعت الله ورسوله فإن عصيت الله ورسوله فلا طاعة لي عليكم .

(٢) فى قوله تعالى « ومن يغلل يأت بما غل يوم القيامه » وعن الرسول عليه الصلاة والسلام « ما بال العامل نبعثه فيأتى يقول هذا لك وهذا لى فهلا جلس فى بيت أبيه وامه فينظر ليهدى له ام لا والذى نفسي بيده لا يأتى بشيء إلا جاء به يوم القيامة يحمله على رقبته ... » .

الرقابة السياسية بمختلف صورها واهمها : ١) الرقابة الشعبية (انظر : حالات اللجوء للاستفتاء الشعبي المواد ٧٤ ، ٧٦ ، ١٢٧ ، ١٣٦ ، ١٥٢ ، ١٨٩ من الدستور المصرى ، وصورة رقابة الرأى العام من خلال الأحزاب السياسية والصحافة (م ٢٠٦ ، ٢٠٧ ، ٢٠٨ من الدستور المصرى) وصورة الرقابة البرلمانية على أعضاء السلطة التنفيذية (م ١٣٤ – ١٢٥ – ١٢٩ – ١٣٠ – ١٣١ – ١٢٦ – ١٢٧ – ١٢٨ من الدستور المصرى) وعلى اعمالها (م ١٠٨ – ١٤٧ – ١٤٨ من الدستور) **سواء في صورة الرقابة الادارية** التى تقوم بها الادارة بنفسها لمراقبة أعمالها والتحقق من مطابقتها للقانون وملائمتها للظروف المحيطة بها . ذلك أن العود للحق خير من التمادى فى الباطل ولا غضاضة فى أن ترجع الإدارة عما صدر منها من قرارات تبيّن بعد صدورها وجه مخالفتها لصحيح القانون أو عدم ملائمتها . وهى رقابة تتم إما من ذات الجهة التى أصدرت القرار او من الجهة الرئاسية لوقفه أو تعديله أو الغائه . كما انه من ضمانات الالتزام بالشرعية ومما يسهل عملية الرقابة اللاحقة استلزام استيفاء القرار الإدارى للشكل والاختصاص والمحل والسبب والهدف المشروع .

سواء في صورة رقابة قضائية التى هى فى الأصل رقابة مشروعية يقصد بها التحقق من التزام الادارة لصحيح القانون فيما صدر عنها، بما يترتب على ذلك من الحكم بالغائه والتعويض عن الأضرار الناجمة عنه (١).

٢ – *تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة :*

وهو ما يستتبع ذلك من تحمل الضرر الخاص دفعاً للضرر العام كإحدى نتائج أنه « لا ضرر ولا ضرار » .

من تطبيقات ذلك قواعد التجريم والعقاب مع ما فيها من إيلام صونا للقيم الاساسية فى المجتمع . ومن ذلك التسعير الجبرى للسلع الأساسية(٢)

---

(١) دون أن تمتد هذه الرقابة لفحص الملائمة حيث تترك الملائمة للسلطة التقديرية للإدارة . انظر د. سامي جمال الدين ، الرقابة على اعمال الإدارة . منشأة المعارف ط ١ ١٩٨٢) .

(٢) مرسوم بقانون ١٦٣ لسنة ١٩٥٠ خاص بالتسعير الجبرى .

عند تعدى أصحابها ببيعها بغبن فاحش أو بتحديد بعض السلع الأساسية التى يحظر الامتناع عن انتاجها أو وقف صنعها أو ممارسة التجارة فيها على غير الوجه المعتاد (١). والقرار الذى يحظر على التجار الحائزين للسلع المعتبرة أساسية – واردة بالجدول المرفق بالقرار – حبسها عن التداول باخفائها أو عدم طرحها فى الأسواق (٢).

ومن ذلك الاشتراطات المتطلبة فى اثبات تاريخ الانتاج وتاريخ انتهاء الصلاحية على الوحدات المعدة للاستهلاك (قرار وزير تموين وتجارة داخلية ٢٧٠ لسنة ١٩٨١).

ومن ذلك أيضاً فرض قيود على **حرية اكتساب** الحق سواء **بسلب** هذه الحرية شأن منع الأجانب من تملك بعض الأموال أو من القيام ببعض الأنشطة الاستثمارية الحيوية أو **بتقييد هذه** الحرية شأن الحد الأقصى لتملك الوطنيين للأراضى الزراعية وكذا **القيود الواردة على مضمون الحق** شأن حظر تجريف الأرض الزراعية وحظر تبويرها وتقييد البناء عليها.

والقيود الواردة على **نوعية الاستغلال** وعلى حرية التجارة بما يدرء كل ضرر عن الجماعة ، شأن قيود البناء التى يستوجبها خط التنظيم وحقوق التطرق المقررة كتكاليف الحد من صور استغلال الأملاك المجاورة للطرق السريعة .

بل قد يعمد التنظيم **الى تسخير الحق الخاص لتحقيق وظيفة اجتماعية** سواء بالاستيلاء عليه شأن ما يتيحه المرسوم بقانون ٩٥ لسنة ٤٥ الخاص التموين لوزير التموين لضمان تموين البلاد بالمواد الغذائية وغيرها من مواد لحاجيات أولية وخامات الصناعة والبناء ولتحقيق العدالة فى توزيعها من الاستيلاء على أية واسطة من وسائط النقل أو أى معمل أو مصنع أو محل صناعى أو أى شىء من المواد الغذائية وشأن نزع الملكية للمنفعة العامة (قانون ١٠ لسنة ١٩٩٠)

---

(١) قرار وزير التموين ١٧٩ لسنة ١٩٥٢ .

(٢) قرار وزير التموين ١٨٤ لسنة ١٩٧٥ . ولقد اجاز الفقه الاسلامى بيع طعام المحتكر جبراً عليه عند الحاجة إذا امتنع عن بيعه دفعاً للضرر العام ومن من مؤدى إن درء المفسدة مقدم على جلب المنفعة وكذا دفع الضرر العام بالضرر الخاص .

سواء بفرض نوع معيّن من الاستغلال على حساب الحق الخاص شأن الإجبار على زراعات معنية أو اتباع دورات زراعية محددة ، سواء بفرض رقابة **على الرغبة فى التوقف عن مباشرة نشاط يهم الجماعة** (م ١٠٧ عمل) .

٣- *عدم إهدار المصلحة الخاصة* :

وذلك حفاظاً على الدافع الفردى للعمل والانتاج (١) .

ومن مقاصد التنظيم القانونى أيضاً كفالة سلامة الجماعة وتماسكها والحفاظ على قيمها الأساسية ومصالحها الحيوية وكفالة تقدمها وتحقيق السلام الاجتماعى بين أفرادها وحفظ الأمن وإقرار النظام وإقرار الضبط الاجتماعى والاستقرار فى جنبات الجماعة . وإشاعة العدالة والتوازن فى العلاقات والحفاظ على مقتضى الثقة المشروعة فى التعامل .

وفى كل ذلك يتوقف نجاح التنظيم على مواكبة المستجدات والمتغيرات الاجتماعية الاقتصادية السياسية والأخلاقية فى المجتمع محل التنظيم .

٤- *وسيلة القانون فى تحقيق وظيفته* :

وسيلة التنظيم القانونى فى تحقيق هذا التوازن بين المصالح **هى تقرير** الحقوق والواجبات بحيث يمكن اعتبار احدهما وجهاً للآخر ، **فالواجب** المفروض على شخص يُقصد به تأكيد حق من الحقوق(٢) .

ويلاحظ أن الواجب الذى يقابل الحق على نوعين :

الأول : واجب عام نقابله فى جميع الحقوق أياً كان نوعها ، **مقتضاه** فرض تكليف عام باحترام حق الغير مع ما يتطلبه ذلك من **ضرورة الامتناع عن اى اعتداء** على مضمون حق الغير (٣) .

---

(١) من تطبيقات ذلك مراعاة التعويض العادل لما تنزع ملكيته للمنفعة العامة . ومن ذلك درء الحدود بالشبهات تطبيقاً لما ورد عن الرسول عليه الصلاة والسلام من أنه «إدرؤا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإن وجدتم للمسلم مخرجاً فخلوا سبيله فإن الإمام لأمر يخطئ فى العفو خير من أن يخطئ فى العقوبة » .

(٢) د. جميل الشرقاوى – مبادئ القانون ، دار النهضة العربية ، ص ٤

(٣) د. حسن كيرة ، المدخل الى القانون ، ط ٥ ، ١٩٧٤ ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ص ١٤ .

الثاني : واجب خاص نقابله فى حقوق الدائنية بحيث يقع على المدين التزام يقابل الحق الثابت له تجاه دائنه (١) . أو قل إذا تقرر لأحد أطراف العلاقة حقاً تقرر للطرف الآخر حقاً مقابل بما يحقق التوازن والعدالة فيما بينهما.

وفى نطاق الحق نفسه نجد هناك موازنة بين مزايا الحق والقيود المفروضة عليه بما يضمن عدم الإضرار بالغير أو المجتمع بحيث يكون الاعتراف بالحق. لتحقيق غاية نفعية لصاحبه وغاية وظيفية للمجتمع (٢) .

بجانب استخدام القانون للحق كوسيلة لتحقيق التوازن بين المصالح ، فإن الصلة بين القانون والحق تتوثق على اعتبار ان القاعدة القانونية هى التى تقرر الحقوق وترسم أسباب إنشائها ونطاقها وتفرض حمايتها ، أى انه هو الذى يضفى عليه الشرعية (٣) .

هذا ما يدعونا لتقسيم دراسة « المدخل للقانون» الى كتابين :

كتاب أول : النظرية العامة للقاعدة القانونية :

كتاب ثان : النظرية العامة للحق .

ومحل دراستنا هو الكتاب الأول .

=باحترام حقه (م ١١ « مرشد الحيران ») . كما ان حق الدائنية يفرض على الكافة واجب عام باحترام الرابطة بين الدائن والمدين ، فلا يجوز لصاحب عمل أن يدفع عامل فى مشروع منافس على أن ينهى عقده للإلتحاق بعمل لديه .

(١) د. عبد المنعم فرج الصدة - مرجع سابق ص ٨ .
فعلى صاحب العمل التزام بدفع الأجر للعامل مقابلاً لحق صاحب العمل فى اقتضاء العمل من العامل .

(٢) من تطبيقات ذلك مبدأ عام جواز التعسف فى استعمال الحق ، والقيود المفروضة على حق الملكية شأن حق الشرب ، حق المرور ، حق الصرف ، حق المطل ، ومن تطبيقات ذلك منع تجريف الأرض الزراعية ومنع البناء عليها حماية للرقعة الزراعية على مستوى الجماعة ككل .

(٣) انظر تعريف الحق فى الفقه الاسلامى من انه « الأمر الثابت شرعاً اى بحكم الشارع وإقراره وكان له بسبب ذلك حمايته . الأستاذ على الخفيف - الملكية فى الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية ، طبعة معهد البحوث والدراسات العربية التابع لجامعة الدول العربية ١٩٦٩ ص٦ . انظر مع ذلك نظرية الحقوق الطبيعية التى ترى ان للفرد حقوقاً طبيعية ثابتة له قبل وجود الدولة وبالتحديد وظيفة القانون على

خطة البحث :

نتعرف على النظرية العامة للقاعدة القانونية من خلال دراسة :

الباب الأول : تعريف القاعدة القانونية .

الباب الثاني : تقسيم القاعدة القانونية .

الباب الثالث : مصادر القاعدة القانونية .

وإذا كانت دراسة تطبيق القاعدة القانونية وتفسيرها يمكن أن تتم على استقلال على اعتبار ان محلها هو تحديد نطاق تطبيق القانون والقواعد الأساسية للتفسير أياً كان المصدر الرسمى له ، فإن الاعتبار العملى المتمثل فى الأهمية النسبية للتشريع بين المصادر الرسمية سوّغت التعرض لتطبيق ولتفسير القانون عموماً من خلال دراسة اهم مصادره ، الا وهو التشريع .

النظرية العامة للقاعدة القانونية

الباب الأول
القاعدة القانونية

الباب الثاني
تقسيم القاعدة القانونية

الباب الثالث
مصادر القاعدة القانونية

القواعد الاجتماعية

الباب الأول •

تعريف القاعدة القانونية

دراستنا تتصرف للقانون في معناه الواسع باعتباره مجموعة القواعد الملزمة المقترنة بالجزاء المنظمة للسلوك الاجتماعي سواء كان مصدرها إلهي أو وضعي .

• تأليف د. همام محمد محمود .

الفصل الأول

خصائص القاعدة القانونية

من تعريف القاعدة القانونية نستنتج الخصائص الآتية :

- قاعدة سلوك - قاعدة مجردة .
- قاعدة إجتماعية - قاعدة مقترنة بالجزاء الذي تفرضه السلطة العامة .

المبحث الأول

قاعدة سلوك

يُقصد بذلك معنيان :

الأول :

باعتبار أن **وظيفة** القاعدة القانونية هي تنظيم سلوك الفرد بغيره بما فيه حماية للقيم الجوهرية في المجتمع . فإنها لا تعتني بتنظيم النوايا التي لم يعبّر عنها بسلوك خارجي ، ويبدأ تدخلها بالتنظيم حيث يعبّر عن هذه النوايا بسلوك خارجي يمثل تهديداً للقيمة محل الحماية (١) .

ومع ذلك فإن القانون لا يعدم إهتماماً بالنوايا ، وهو ما يعهد في

---

(١) إذا كانت القيمة الاجتماعية محل الحماية من القيم الحيوية فإن القانون لا ينتظر ليتدخل بالتنظيم ، تحقق **الاعتداء الفعلي** عليها . بل يتدخل لحمايتها من السلوك الخارجي **الذي يمثل شروعاً** في الاعتداء عليها شأن قيمة الحياة ، العرض ، والأموال (م ٤٦ - ٤٧ ع) .
ثم إنه قد يتدخل بالتنظيم لدى المراحل **التحضيرية** للسلوك إذا تعلق الأمر بقيمة عالية الأهمية شأن حماية الأمن الداخلي أو الخارجي (م ٧٨ - ٨٠ - ٩٢ - ٩٧ ع) .
وفي كلّ صدر سلوك خارجي على اختلاف درجته ، الأمر نفسه نجده في المجال [illegible] حيث [illegible] الأعمال الجديدة التي ترمي لوقف العمل الذي إن تم [illegible] **اعتداء فعليا على الحق .**

إختلاف حكمه على السلوك الخارجي بحسب النية التي يصدر عنها ويستند إليها (١) .

وهو ذات المبدأ في الشريعة الإسلامية في شأن **تنظيم علاقة الإنسان بغيره** ، حيث الأصل هو عدم التعويل على النية التي لم تترجم لسلوك خارجي (٢) . وفي ذلك يقول عليه الصلاة والسلام « إن الله تجاوز لأمتي عما حدثت به نفسها ما لم تعمل أو تكلم به » .

ثم إن **الحكم الشرعي** يختلف بحسب المقصد من التصرفات القولية أو الفعلية . وهو ما وجد تطبيقه بقاعدة أصولية في نطاق العقود « بأن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني » (٣).

الثاني :

أن هدفها تقويمي(٤) . ويراد بها توجيه السلوك وجهة معينة سواء بطريقة **مباشرة** فيما تتضمنه من أمر أو نهي(٥) سواء **بطريقة غير مباشرة** فيما تتضمنه من تعريف أو تنظيم . شأن النصوص المنظمة

---

(١) فإن كان القانون لا يؤاخذ ولا يحاسب الشخص على رغبته في قتل عدوه [illegible] لا يترجمها بأي مسلك خارجي يهدد به حياة هذا الآخر. فإنه يحاسبه محاسبة مختلفة لدى **قتله له** بحسب ما إذا كان صادراً في ذلك عن عمد أو عن سبق الإصرار (م ٢٣٠ - ٢٣٤ ع) أو عن خطأ (م ٢٣٨ع) . وكذا يختلف حكم حيازة المنقول أو العقار بحسب إقترانها بحسن أو سوء نية (م ٩٦٨ - ٩٦٩ - ٩٧٦ - ٩٧٨ - ٩٧٩ - ٩٨٣ - ٩٨٤ مدني) .

(٢) مع ذلك قد تعوّل الشريعة على **النية** التي لم يعبّر عنها بسلوك خارجي ، **فيما يفيد** الإنسان لا فيما يضره . وذلك إصلاحاً منها لسره إصلاحها لعلانيته . **وفي ذلك يقول** عليه الصلاة والسلام : « إذا تحدث عبدي بأن يعمل حسنة فأنا أكتبها له **حسنة ما لم** يعمل بها . فإذا عملها فأنا أكتبها له بعشرة أمثالها . وإذا تحدث بأن **يعمل سيئة فأنا** أغفرها له ما لم **يعملها** . فإذا عملها فأنا أكتبها له بمثلها وهو ما يمكن أن **نعتبره** في نطاق علاقة الانسان بنفسه تهذيباً لها .

(٣) من ذلك اعتبر الزواج باطلاً فيمن يتزوج امرأة مطلقة ثلاثاً **بقصد إحلالها لمطلقها وليس بقصد زواجها زواجاً مستقراً .**

(١) لا يتعارض مع هذا أن يأتي تنظيمها تقريرياً من حيث المصدر في حالة مطابقته في بعض الأحيان للتنظيم السائد في المجتمع على أساس من الأعراف .

(٥) مثل القواعد التي تنهى عن الاعتداء على الأرواح والممتلكات .

للاختصاص القضائي فيما يترتب عليها بالضرورة من وجوب احترام الاختصاص القضائي لدى المطالبة بالحق .

المبحث الثاني

قاعدة مجردة

يُقصد بالتجريد أن خطاب القاعدة القانونية لا يتوجه الى شخص بعينه أو واقعة بذاتها وإنما العبرة فيه تكون بعموم الصفة وبتحقق الشروط بحيث تنطبق على كل واقعة تحقق بشأنها الشروط المتطلبة ، وعلى كل شخص اجتمعت له الصفات المستلزمة . والتجريد يتحقق في عنصري القاعدة من فرض وحكم (١) .

والتجريد بهذا المعنى هو الذى يضفي على القاعدة وصف العمومية بالنظر الى انه لا يستغرقها التطبيق المنفرد ، بل هي معدة لتواجه حالات غير متناهية كلما توافرت شروط تطبيقها .

ومن الأمثلة على تجريد القاعدة من حيث **الأشخاص** ما ورد في م ٩ من القانون ٣٩/١٩٧٥ بشأن تأهيل المعوقين . فالفرض فيها هو وصف صاحب العمل الذى يستخدم خمسين عاملاً كحد أدنى ، والحكم هو التزامه باستخدام ٥ ٪ من مجموع عدد عماله من المعوقين المؤهلين .

ومن ذلك ما ورد في م ٤٤ مدني . ١) « كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية .

٢) وسن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة » فهذه القاعدة يتحقق حكمها – كمال الأهلية – بتحقق شروطها – مجردة عن ذاتية من تحققت فيه (٢) .

---

(١) الفرض هو المركز القانوني الذى إذا تحقق وجب إعمال الحكم .

الحكم : هو الأثر الذى يوجبه القانون إذا تحقق الفرض .

(٢) ومن امثلة ذلك : قوله تعالى : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالاً من الله » . والحديث المعروف عن المرأة المخزومية الذى تشفع لها أسامة بن زيد =

ومن أمثلة تجريد القاعدة من حيث **الوقائع** (١) ما تقرره م ٢٩ مدني من بدء الشخصية بتمام ولادة الإنسان حياً . وما تقرره م ٧١ – عمل من انتهاء العقد المحدد المدة بانقضاء مدته المتفق عليها .

ذلك وتجريد القاعدة القانونية لا ينتفي في حالة تحديد **نطاق تطبيقها من حيث الزمان** شأن قوانين التسعيرة الجبرية خلال فترة الحرب أو الأحكام العرفية التى أعلنها حاكم الكويت لمدة ثلاثة أشهر في أعقاب انتهاء غزو العراق لها . فهذه القواعد – خلال هذا النطاق الزمني – تنطبق على أى شخص أو أى واقعة يتحقق في شأنه الشروط المستلزمة لتطبيق الحكم .

كذلك لا يتعارض مع التجريد تحديد نطاق تطبيقها من حيث المكان كما هو الشأن في الدولة الفيدرالية حيث يتحدد نطاق تطبيق القاعدة في حدود الولاية . إذ العبرة فيها بعموم الصفة وليس بخصوص الذات في النطاق المكاني لتطبيق القاعدة (٢) .

الأمر نفسه حيث يتحدد نطاق **تطبيقها بطائفة من الأشخاص** شأن القواعد المنظمة لمهنة المحاماة ، فهي وإن اقتصر تطبيقها على أفراد هذه الطائفة فإنها تنطبق على كل من يعمل فيها باعتباره محامياً بغض النظر

= لرسول الله الذى قال رداً عليه « أتشفع في حد من حدود الله ؟ ثم قال « يا أيها الناس إنما ضل من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق الشريف تركوه وإذا سرق الضعيف فيهم أقاموا عليه الحد . وايم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها .

وفي خطبة الخلافة لأبى بكر الصديق « القوى فيكم ضعيف عندى حتى آخذ الحق منه ، والضعيف فيكم قوى عندى حتى آخذ الحق له » . وعمر بن الخطاب يقتص للمصري من محمد بن عمرو بن العاص والى مصر ويقول له « إضرب ابن الأكرمين » ... أيا عمرو متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحراراً » .

(١) قوله تعالى : « وأحل الله البيع وحرم الربا » فكل ما يصدق عليه وصف البيع حكمه الحل وما ثبت له وصف الربا حكمه الحرمة .

(٢) وشأن اختصاص الإقليم الشمالي بقواعد مغايرة لما يسرى في الإقليم الجنوبي إبان الوحدة بين مصر وسوريا . أنظر القرار رقم ١١ / ٨٢ في شأن تحديد المناطق البعيدة عن العمران (وزير عمل) مع ما يترتب على ذلك من اختصاص العاملين فيها بقواعد خاصة في الأجازات (م ١٢٨) .

عن شخصه ، طالما أن الانضمام لهذه الطوائف غير ممنوعاً بل مسموحاً بتوافر شروطه . كذلك لا يتعارض مع التجريد انطباق القاعدة على مركز يشغله بحكم طبيعته شخص واحد ، طالما أن مناط تطبيقها هو صفته وليس ذاته كما هو الشأن في القواعد المنظمة لمركز مدير الجامعة أو عميد الكلية .

وفي ذلك قضت المحكمة العليا في ١٩/١/٧٤ (٢) بأن « عموم القاعدة القانونية لا يعني انصراف حكمها الى جميع الموجودين على إقليم الدولة أو ان عموم القاعدة القانونية لا يعني انصراف حكمها الى جميع الموجودين أو انبساطه على كل ما يصدر عنهم من الأعمال بل هو يتوافر بمجرد انتفاء التخصيص وذلك بأن يسنّ الشارع قاعدته مجردة عن الاعتداد بشخص معيّن أو واقعة محددة بالذات . وغني عن البيان انه يملك بسلطته التقديرية لمقتضيات الصالح العام وضع شروط تحدد المراكز القانونية التي يتساوى بها الأفراد امام القانون بحيث إذا توافرت هذه الشروط في طائفة من الأفراد وجب إعمال المساواة بينهم لتماثل ظروفهم ومراكزهم القانونية . فإذا اختلفت هذه الشروط بأن توافرت الشروط في البعض دون البعض الآخر انتفى مناط التسوية بينهم وكان لمن توافرت فيهم الشروط دون سواهم أن يمارسوا الحقوق التي كفلها المشرع لهم . والتجاء المشرع الى هذا الأسلوب في تحديد شروط موضوعية يقتضيها الصالح العام للتمتع بالحقوق لا يخل بشرطيّ العمومية والتجريد في القاعدة القانونية ، ذلك لأن المشرع إنما يخاطب الكافة من خلال هذه الشروط .

ولما كان التشريع المطعون فيه إذ قضى بسريان أحكام قانون التامينات الاجتماعية على العاملين من أعضاء الجمعيات التعاونية قد استن قاعدة عامة ومجردة - لا تستهدف حالة فردية بذاتها وإنما تنطبق في جميع الأحوال عند استيفاء أوضاعها واستكمال شروطها ... » .

بذلك التجريد تتميّز القاعدة القانونية التي تنطبق على عدد لا نهائي من الوقائع والأشخاص بتوافر الشروط المتطلبة بغض النظر عن

(١) جـ ١ ص ١٤٤

(٢) في الدعوى رقم ٤ لسنة ٣ق جـ ١ ص ١٤٤ .

ذواتهم (١) عن القرار الإداري الذي يضع القاعدة القانونية موضع التطبيق والذي يتعلق بشخص معيّن بذاته أو واقعة معيّنة بذاتها مقتصراً على الحالة التي صدر بشأنها ويستنفد بتطبيقه عليها . فبينما ينظم قانون الجنسية شروط اكتساب وفقد الجنسية بغض النظر عن ذاتية الأشخاص ، فإن القرار الإداري بمنح أو بإسقاط الجنسية يخص شخصاً معيناً بذاته .

ذلك نفسه هو الذي يميّز القاعدة القانونية عن الحكم القضائي الذي يصدر بخصوص خصومة معيّنة (بأشخاصها وموضوعها وسببها) .

تجريد القاعدة القانونية يحقق مساواة الجميع في المزايا والأعباء امام القانون وبالتالي تشيع العدالة بينهم لا فارق في ذلك بين حاكم ومحكوم . وفي ذلك تأكيد لمبدأ سيادة القانون والمساواة أمام القانون (٢).

المبحث الثالث

قاعدة اجتماعية

ويستفاد من ذلك أمران :

الأول :

أنه لا قانون بغير مجتمع ولا مجتمع بغير قانون . إذ لا حاجة لقانون في غيبة المجتمع ولا غنى عنه في وجود المجتمع .

---

(١) إذا كان التجريد من سمات الغالبية العظمى من القواعد القانونية ، فقد يصدر من السلطة التشريعية تشريعاً يتعلق بواقعة معيّنة بالذات كما هو الشأن في اعتماد الموازنة العامة من مجلس الشعب (م ١١٥ من الدستور) . أو يتعلق بشخص معين بذاته كما هو الحال فيما أصدره مجلس الشعب المصري مقرراً معاشاً استثنائياً لأسرة أحد رؤساء الجمهورية السابقين على سبيل التعيين . هذه الأنظمة وصفها الفقه على أنها قوانين من حيث الشكل استناداً للمعيار العضوي أي بالنظر لصدورها من السلطة التشريعية ، باعتبار أن المعيز الشكلي هو المعيار في تكييف الأعمال ، رغم افتقادها لصفة التجريد من الناحية الموضوعية . د. سمير تناغو ، د. ماجد الحلو القانون الدستوري ١٩٨٦ دار المطبوعات الجامعية

(٢) م ٤٠ من الدستور « المواطنون لدى القانون سواء » - على خلاف الحال في الأنظمة الاستبدادية حيث يعتبر الحاكم نفسه فوق القانون ، ولذلك قال عن أحد ملوك فرنسا قوله « أنا الدولة » .

ويرتبط وجود القانون بوجود المجتمع المنظم في أبسط صوره ابتداء من الأسرة والعشيرة والقبيلة والاقطاعية وصولاً للدولة باعتبارها الصورة الحديثة للمجتمع السياسي المنظم (١) .

الثاني :

ان مضمون التنظيم القانوني يختلف باختلاف البيئة محل التنظيم بحسب الحقائق الواقعية على تنوعها (اقتصادية – سياسية – اجتماعية – أخلاقية ...) وهو ما يفسّر اختلاف القانون من مجتمع لآخر ومن زمن لآخر استجابة لظروف البيئة في كل مجتمع (٢).

الشريعة الإسلامية من جانبها تضمنت نوعان من الأحكام :

أ- أحكام تفصيلية ثابتة لا تتغيّر بتغيّر الزمان والمكان ، بالنظر لتقدير الشارع للزومها حيث المبدأ وبالطريقة التي جاءت بها في جميع المجتمعات والأزمنة لصلاح المجتمع ، شأن قواعد الميراث ، الوصية ، الحدود ، الزواج ، الطلاق وكل ما جاء في الشريعة بأحكام قطعية تفصيلية .

ب- مبادئ كلية يستهدى به في استنباط الأحكام التفصيلية وفقاً لما يتجدد من مصالح ، بما يسمح بتغاير الحكم بحسب تغيّر البيئة محل التنظيم ، لتغاير وجه المصلحة (٣) .

---

(١) وفي تعاصر وجود القانون مع وجود المجتمع المنظم قوله تعالى : فتلقى آدم من ربه كلمات ... ، ذلك أن الشارع ما كان ليخلق الناس ويتركهم سدى بغير تنظيم يحفظ مصالحهم . وقوله ﷺ فيما رواه عنه أبو ذر الغفاري ، قال : قلت : يا رسول الله أنبياً كان أم مرسلاً – آدم – قال : نعم، أرسل الى ولده وكانوا اربعين ولداً في عشرين بطناً في كل بطن ذكر وانثى وتوالدوا حتى كثروا . ونزل عليه تحريم الميتة والدم ولحم الخنزير ، .

(٢) ولعلنا نلحظ التغيير في النظام القانوني الوضعي في مصر مواكبة لتغيّر الاتجاه الفلسفي والاقتصادي من العهد الأول لثورة ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢ حيث ساد الاتجاه لاشتراكي وما صاحبه من دور للدولة في توجيه الاقتصاد القومي من خلال القطاع العام وتقلص دور القطاع الخاص وقيود على الملكية الخاصة .
وعلى المستوى السياسي عرفت مصر صورة الحزب الواحد (هيئة التحرير الاتحاد القومي -- الاتحاد الاشتراكي) ، ثم ما تلى ذلك من عصر انفتاح وما ترجم ذلك بالاتجاه نحو سياسة الاقتصاد الحر وعلى المستوى السياسي الاتجاه لإفساح حرية الرأي فيما عرف بالمنابر ثم بتعدد الأحزاب .

(٣) [illegible]

المبحث الرابع

قاعدة مقترنة بالجزاء الذى تفرضه السلطة العامة

يتنازع اعتبار الجزاء عنصراً لازماً لوجود القاعدة القانونية رأيان :

الأول: الجزاء ليس رُكناً من أركان القاعدة القانونية ، ويكفي لاعتبار القاعدة من قواعد القانون أن يَنشأ وعي بإلزامها من جانب المخاطبين بها ، ويَستدِلُ هذا الاتجاه على رأيه بالصفة القانونية لقواعد القانون الدستوري وقواعد القانون الدولي العام رغم افتقارهما للجزاء المادي الذي يكفل احترامهما ، ذلك بالاضافة الى ان النظر للجزاء كركن للقاعدة القانونية يؤدي الى دكتاتورية الدولة والقائمين عليها .

الثاني : ينتقد الاتجاه الثاني الرأي الأول على أساس أن قواعد القانون الدستوري والدولي يتوافر لكليهما عنصر الجزاء ، لكن في الصورة التي تتفق وطبيعة قواعدهما .

ففي مجال القانون الدستوري نجد الرقابة المتبادلة بين السلطات العامة بما يحقق التوازن بينهما سواء في صورة استجواب الوزير أو سحب الثقة من الوزارة وكذلك في سلطة رئيس الجمهورية في حل مجلس الشعب وما يعقب ذلك من استفتاء (م ١٢٥ – ١٢٦ -١٢٧-١٢٨ – ١٣٦من الدستور)

كذلك يتخذ الجزاء في قواعد القانون الدولي العام صورة القاطعة

- عليها ، لا بحسب الأزمنة ولا الأمكنة ولا اجتهاد الأئمة ، كوجوب الواجبات وتحريم المحرمات والحدود المقدرة بالشرع على الجرائم ونحو ذلك ، فهذا لا يتطرق اليه تغيير ولا اجتهاد مخالف لما وضع عليه .

والنوع الثاني ما يتغيّر بحسب اقتضاء المصلحة له زماناً ومكاناً وحالاً كمقادير التعزيرات وأجناسها وصفاتها ، فإن الشارع ينوع فيها بحسب المصلحة ...، ولقد اثر عن رجال الفقه الاسلامي قولهم ، إنه اختلاف عصر وزمان ، لا اختلاف حجة أو برهان ، وها هو الإمام الشافعي يغير في بعض اجتهاداته في مصر عنها في بغداد لاختلاف المصلحة تبعاً لاختلاف متطلبات المجتمع (شمس الدين محمد بن أبي بكر الحنبلي المعروف بابن قيم الجوزية ، وبه هذا النص في د. عبد المنعم فرج الصدة ، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في المعاملات المالية)

الدبلوماسية او المقاطعة الاقتصادية أو الحرب المشروعة وقواعد المسئولية الدولية وكذا الطرد من المنظمة الدولية أو تجميد العضوية لمدة معيّنة او استعمال القوة لتنفيذ قرارات المنظمة الدولية شأن قرار الأمم المتحدة باستخدام القوة الجبرية لحل مشكلة كوبا ومشكلة الكويت .

كما انه ليس صحيحاً أن ربط القاعدة القانونية بالجزاء يعني **دكتاتورية الدولة** . لأن تجريد القاعدة القانونية وسيادة القانون على الحاكم سيادته على المحكوم تبطل هذه الحجة . فضلاً عن ان القانون أوسع نطاقاً من التشريع الذى هو من وضع السلطة التشريعية (١) .

على ذلك ينتهى هذا الاتجاه - وهو ما نؤيده - الى اعتبار الجزاء عنصراً لازماً لوجود القاعدة القانونية على ان يكون مفهوماً ان القانون رغم **إقترانه** بالجزاء كركن لا يكتمل كيانه إلا به ، **يلزم لكنه لا يحتم** على اعتبار أن وجود الجزاء لا يؤدى بالضرورة الى امتناع مخالفة التنظيم. لأن التنظيم القانونى ليس له سلطة قهر وإذعان الإرادة على احترام ما جاء به ، على غرار نواميس الطبيعة فهو يخاطب إرادة حرة مختارة فى الإتباع أو الامتناع .

أضف الى ان مجتمع المدينة الفاضلة الذى يكون كل اعضائه من الفضلاء العقلاء الأسوياء الذين يحترمون التنظيم للوعى الحضارى به هو مُجرد مجتمع خيالى ومن ثم فإن احترام التنظيم القانونى كما قد يعتمد على التلقائية الواعية والكوابح الشخصية والترغيب فإنه يعتمد ايضاً على الترهيب بالجزاء الفعال .

وهو ما يفسر **سهر السلطة التنفيذية على احترام القانون** بالسعى نحو منع مخالفته ما وسعتها الحيلة ، وهو منع يقوم على التنظيم الملزم للقانون واستناداً لمبدأ دفع الضرر قبل وقوعه .

ثم انه لدى **تحقق المخالفة** فإن السلطة العامة **تعمد الى إعمال الجزاء على اختلاف صوره** . سواء فى **صورة إجبار وقهر المخالف** على احترام

(١) فكل تشريع قانون ، لكن ليس كل قانون تشريع شأن القواعد العرفية .

مضمون التنظيم بإزالة أثر مخالفته كلما كان ذلك ممكناً (١).

وشأن **قواعد التنفيذ** العينى فى نطاق الجزاء المدنى على ما سوف يأتى تفصيله . **فإذا تعذر رفع المخالفة ومحوها إتخذ الجزاء صورة البدل** إعمالاً لمبدأ انه إذا ما تعذر الأصل يصار الى البدل، فيما يعرف بالتنفيذ بمقابل فى نطاق الجزاء المدنى بحيث يراعى فى تقديره الضرر الذى أصاب الدائن والعنت الذى بدا من المدين (م ٢٠٤ مدنى) . **ثم قد يضاف للجزاء بحسب جسامة المخالفة وأهمية القيمة الاجتماعية** محل التنظيم بعداً آخر يتمثل **فى الردع الخاص للمخالف** بما يحقق إيلامه على المستوى الشخصى (بدنياً أو مالياً او على مستوى اعتباره (٢)) وهو ما يحمله على عدم إقراره على فعله وعدم تركه ينعم بنتيجة مخالفته وإيلامه بحيث يستشعر ان ارتكاب المخالفة كان وبالاً عليه .

كما يراعى فى تقدير الجزاء وكيفية تنفيذه (٣) **تحقيق الردع العام** بالنسبة لباقى المخاطبين بالقاعدة بحيث يكون توقيع الجزاء على المخالف زاجراً لمن تسول له نفسه مخالفة التنظيم .

إذا كان ذلك على مستوى وضع القاعدة القانونية ، فإن فاعلية [illegible] القانون كضمان لاحترامها - يتوقف على كفاءة قيام سلطات الدولة بواجبها فى السهر على التنظيم مما يهدد [illegible] الاعتداء وفى اثبات [illegible]

(١) شأن إغلاق المحل المخالف أو إزالة الأدوار المخالفة [illegible] العامل [illegible] عدم [illegible] على [illegible] بحيث [illegible] بطلانه وعدم [illegible] عليه [illegible] فى بطلان التصرف الذى لم يراع [illegible] المطلوبة [illegible] مدنى - شكلى [illegible] ٢٠٢ مدنى) [illegible] المادة ٩٥ [illegible] البطلان على عدم [illegible] الجزاء [illegible] وكذا [illegible] [illegible] شأن عدم [illegible]

(٢) شأن العقوبات الأصلية والتبعية فى نطاق قانون العقوبات

(٣) كما هو الحال فى علانية تنفيذ الجزاء شأن حد الزنا فى الاسلام [illegible] المؤمنين .

(٤) [illegible] أن أحكامها التنظيم [illegible] بالمساواة [illegible] لا احترامه اختيارياً من جانب المخاطبين به

والضرب على يد المخالف بما لا يسمح له بالفرار بغنيمته دون محاسبة أو مؤاخذة .

ومؤدى ذلك أن المخالفات الفردية للقاعدة القانونية لا تشكك في وجودها لأنه لا يتصور أن يتحقق لقاعدة ما - رغم اقترانها بالجزاء من ناحية ومناسبتها لظروف المجتمع ومصلحة المخاطبين بها (١) - الفاعلية الكاملة والاحترام التام لما سبق وأن أشرنا اليه من أن القانون يلزم لكنه لا يحتم . الجزاء كعنصر مميّز للقاعدة القانونية يتسم بأنه يأخذ مظهراً مادياً من **ناحية** ويوقع من جانب السلطة العامة بما لها من سلطة الأمر والنهي **من ناحية أخرى** (٢) . فيتحقق بذلك فاعلية الجزاء وتوحيد جهة توقيعه وضبطه بعيداً عن الانتقام الفردي في تقديره أو توقيعه(٣) ، وبهذا يحل العدل العام الذي يتم بمعرفة الدولة محل العدل الخاص الذي يتم بواسطة الأفراد.

مع ذلك فقد يوكل التنظيم القانوني - لدواعٍ يقدرها - توقيع الجزاء للفرد نفسه شأن **الحق في الحبس** في نطاق الالتزامات المرتبطة . حيث يسمح للمدين بالامتناع عن الوفاء بالتزامه مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به أو مادام الدائن لم يقدم تأميناً كافياً للوفاء بالتزامه هذا (٤) . ودواعي السماح **بالعدل الخاص** في

---

(١) وليس أدل على ذلك مما تلقاه القواعد التنظيمية ذات المصدر الشرعي (القرآن والسنّة) على مستوى العبادات أو المعاملات من مخالفات .

(٢) هذا لا يمنع أن احترام القاعدة القانونية من عموم المخاطبين بها يصدر أساساً نتيجة وعيهم الحضاري بأهمية التنظيم القانوني لتحقيق الاشباع الأمثل لحاجاتهم ومصالحهم ، أكثر من صدوره عن خشية من الجزاء . ويتعمق هذا الاحترام التلقائي كلما كان التنظيم القانوني أكثر استجابة لمعطيات المجتمع وحقائقه الواقعية ومستهدفاً وجه المصلحة ومستجيباً للفطرة السليمة واعتبارات العدالة . لكن أهمية القيمة الاجتماعية محل التنظيم هي التي تدعو الى ضرورة تدعيم التنظيم القانوني بالجزاء المادي دون اكتفاء بالوعي الحضاري لدى المخاطبين .

(٣) مع ما قد نجم عن ذلك من اضطراب للسلام الاجتماعي اعتراضاً على قدره ومناسبته وكيفية تنفيذه .

(٤) كما هو حال حائز الشيء أو محرزه إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له ، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع (م ٢١٦ - م ٢/١٥٧ - م ٤٥٩ م ٦٣٧ مدني).

هذا المقام تتمثل في ، الاستجابة لما توجبه حسن النية في تنفيذ الالتزامات المرتبطة .

ومن ذلك تقرير الدفاع الشرعي كسبب مبيح دفاعاً عن النفس أو العرض أو المال (م ٢٤٥ - ٢٤٦ - ٢٥٠ ع) ، وهو ما يقتضيه إحداق الخطر المهدد بضرر جسيم على القيمة محل الحماية دون إمكانية انتظار تدخل السلطة العامة لأداء واجبها .

الجزاء بهذا المفهوم يعد العنصر المميّز للقاعدة القانونية عن غيرها من القواعد الاجتماعية الأخرى التي يتراجع عنصر الجزاء فيها الى مجرد المعاملة بالمثل واستنكار الجماعة واستهجانها كما هو الشأن في قواعد المجاملات والتقاليد .

صور الجزاء :

الجزاء كركن للقاعدة القانونية يأخذ صوراً مختلفة باختلاف نوع القاعدة وطبيعة العلاقة محل التنظيم كما يتدرج في قوته بحسب القيمة الاجتماعية محل الحماية وبحسب جسامة الاعتداء وكيفيته ، بما يكفل له الفاعلية والتناسب مع جنس المخالفة . بحيث يرّد على المخالف ما صدر منه ويردعه عن أن يكرره ويزجر غيره في أن يتبعوه .

- ففي نطاق القانون الجنائي :

نجد أن العقوبات في الشريعة الاسلامية : الحدود - القصاص - الدية - الكفارة - الحرمان من الميراث - التعزيرات .

في القانون الوضعي يتراوح الجزاء بين عقوبة سالبة للحياة وأخرى مقيّدة للحرية وثالثة مالية (غرامة) بحسب القيمة الاجتماعية محل الحماية. وتتدرج العقوبة في نوعها ودرجتها بحسب جسامة الجريمة (١) .

---

(١) م ١٠ ع الجنايات هي : الجرائم المعاقب عليها بالعقوبات التالية : بالاعدام - الأشغال الشاقة المؤبدة - الأشغال الشاقة المؤقتة - السجن . م ١١ ع الجنح هي : الجرائم المعاقب عليها بالعقوبات التالية : الحبس - الغرامة التي يزيد أقصى مقدارها على مائة جنيه . م ١٢ ع المخالفات هي : الجرائم المعاقب عليها بالغرامة التي لا يزيد أقصى مقدارها على مائة جنيه - انظر في تحديد المقصود بالأشغال الشاقة المؤبدة والمؤقتة والسجن والحبس المواد ١٤ - ١٦ - ١٨ ع .

– فى نطاق القانون الإدارى :

يتراوح الجزاء بين الانذار واللوم والخصم من المرتب والحرمان من الترقية او الفصل من الخدمة ، بما يتناسب ودرجة التقصير من الموظف .

– فى نطاق القانون المدنى :

يتقرر الجزاء هنا لدى الاعتداء على حق خاص أو المنازعة فيه . وهو بحسب الأصل جزاء اصلاحى يستهدف اصلاح أو رفع الضرر المترتب على الاعتداء على الحق **بالتنفيذ العينى** والإجبار على تنفيذ حكم القاعدة التى خالفها او امتنع عن تطبيقها . مثال ذلك طرد من يشغل مسكناً بغير وجه حق . وشأن الحجز على أموال المدين استيفاء لالتزامه الممتنع عن تنفيذه .

وما يجيزه القانون فى حالة امتناع المدين عن تنفيذ التزامه بالقيام بعمل ، من الترخيص للدائن بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكناً بعد الحصول على إذن القضاء شأن القيام بالترميمات على حساب المؤجر خصماً من الأجرة (م ٢٠٩ مدنى) . وشأن الاستعاضة عن تدخل المدين لتنفيذ التزامه بالقيام بعمل بحكم القاضى إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام (م ٢١٠ مدنى) شأن قيام البائع بإتمام اجراءات التسجيل – وبتسجيل هذا الحكم تنتقل الملكية للمشترى جبراً عن البائع .

وقريب من هذا أن يتمثل الجزاء فى **صورة إعادة الحالة الى ما كانت عليها قبل المخالفة** كما هو الحال فى بطلان التصرفات لتخلف أركان صحتها (رضا – محل – سبب – أو ما يستلزمه القانون من شكل (م ٤٨٨ – ١٠٣١ مدنى) وكذا عدم نفاذ التصرف فى مواجهة من تقرر التنظيم لحمايته (م ٢/٨٢٦ مدنى – م ٣٠٥ مدنى – ٣١٦ مدنى – ٤٦٧ مدنى) (١) .

كما انه قد يأخذ صورة التنفيذ بمقابل، حيث يطالب المدين بدفع قيمة

---

(١) وكذا تقرير الحق فى المرور لصاحب الارض المحبوسة جبراً عن الجار الممتنع او إغلاق المطل المخالف او إزالة الأدوار المخالفة للحق فى الارتفاق بعدم المطل او بعدم التعلية عن مستوى معين.

مالية تحل محل عين ما التزم به حيث يستحيل بخطأ المدين او يتعذر تنفيذ الالتزام عيناً . كما هو الحال فى حالة ضياع الطرد القيمى بإهمال الناقل(١) أو امتنع المدين عن تنفيذ الالتزام الذى يتطلب تدخله شخصياً كإجراء عملية جراحية أو القيام برسم معيّن ، أو أصبح تنفيذ الالتزام غير مجدياً أو غير ذى فائدة كما إذا كان وقت تنفيذ الالتزام عنصراً جوهرياً (تخلف المورد عن التوريد فى الوقت المحدد حيث يكون الوقت جوهرياً) كما قد يتقرر التعويض كجزاء بجانب التنفيذ العينى الجبرى لجبر التأخر او عدم المطابقة فى التنفيذ لما التزم به المدين .

وقد يجتمع الجزاء الجنائى مع الجزاء المدنى حيث يكون للفعل المسبب للضرر وصف الجريمة فى نفس الوقت (٢) .

---

(١) كما إذا كان الضرر المترتب على الفعل غير المشروع غير مستدرك مثل التسبب فى عاهة مستديمة أو فقد حياة المضرور

(٢) فالسرقة يترتب عليها القطع أو الحبس كجزاء جنائى ووجوب الرد أو ضمان مثله أو قيمته كجزاء مدنى .

الفصل الثانى

مكان القاعدة القانونية من القواعد الاجتماعية الأخرى

لا تستقل القواعد القانونية فى تنظيم سلوك الأفراد فى المجتمع ، بل يشاركها فى ذلك العديد من القواعد الاجتماعية الأخرى شأن المجاملات والتقاليد والأخلاق والدين .

ويختلف التنظيم القانونى عن القواعد الاجتماعية الأخرى - أساساً المجاملات والتقاليد والأخلاق - من حيث **نطاق التنظيم** ومن حيث **طريقته** . فمن حيث **نطاق التنظيم** نجد أن التنظيم القانونى أضيق نطاقاً بالمقارنة بالقواعد الاجتماعية الأخرى . يفسّر ذلك ، بأن القانون لا يتدخل بالتنظيم إلا فى الأمور التى يقدر أنها تمس القيم الاجتماعية الأساسية فى المجتمع فى وقت معيّن(١) ، تاركاً أمر تنظيم الأمور الأقل أهمية فى سلم القيم الاجتماعية للقواعد الاجتماعية الأخرى(٢) . علماً بأن الحدود بين التنظيم القانونى والقواعد الاجتماعية هى حدود مرنة متغيّرة باختلاف المجتمعات والأزمنة وبحسب ما يطرأ من تغيّر على القيمة الاجتماعية صعوداً وهبوطاً فى سلم القيم الاجتماعية (٣) فى المجتمع ومرجع تدخل القانون

---

(١) وهذه بدورها ينظمها بطريقة مختلفة بحسب أهمية القيمة الاجتماعية محل التنظيم فينظمها بطريقة آمرة . إذا تعلق الأمر بمصالح حيوية - ضرورية - وهو ما يعرف باتصاله بالنظام العام والآداب شأن حماية قيمة الحياة والمال جنائياً . وشأن حماية الطرف الضعيف مدنياً كما هو الحال فى القواعد المنظمة لعقد الإذعان والظروف الطارئة وينظمها بطريقة مكملة إذا تعلق الأمر بقيمة اجتماعية أقل أهمية كما هو الشأن فى تنظيم زمان ومكان الوفاء بالثمن .

(٢) شأن ما يتعلق بالتهنئة فى المناسبات وشأن الإيثار وغيرها من المجاملات ومكارم الأخلاق . ويفسر ذلك أمرين : **الأول** : أن الجزاء الأدبى الذى تفرضه هذه القواعد يكفى لحماية هذه القيم التحسينية . **الثانى** : أن هذه القيم التحسينية تفقد روحها ومعناها إذا ما كان احترامها مدعوماً بالجزاء المادى .

(٣) شأن تجريم من تكل عن تقديم مساعدة فى نطاق معيّن لمن هم فى حالة خطر ، بعد أن كان ذلك قاصراً على كونه واجباً أخلاقياً : م ٢٣٨ - م ٢٤٤ - م ٧/٣٧٧ ع .

بتنظيم الأمور المتصلة بالقيم الاجتماعية الأساسية وعدم اكتفائه بتنظيمها بالقواعد الاجتماعية الأخرى ، أنه يضن بهذه القيم الأساسية من أن تنظم فحسب بالقواعد الاجتماعية الأخرى ، حيث لا تغنى هذه القواعد وجزائها منحصر فى الاستنكار والمعاملة بالمثل - لتوفير حماية فعالة لهذه القيم .

أما عن طريقة التنظيم :

فبينما التنظيم القانونى يقوم على التنظيم الملزم المدعم بالجزاء المادى الذى تفرضه السلطة العامة توفيراً لاحترام القيم الاجتماعية الأساسية بحيث يجبر المخاطبون على احترام تنظيمها ويفرض عليهم الجزاء المادى لدى مخالفتهم لها(١) . فإن تنظيم القواعد الاجتماعية الأخرى يعتمد بالدرجة الأولى على الاحترام التلقائى له المدعم فى حالة المخالفة بالجزاء المعنوى المتمثل فى الاستنكار والمعاملة بالمثل بغير أن يتمكن من خولفت القاعدة الاجتماعية - دون القانون فى الدرجة - فى جانبه من الاستعانة بالسلطة العامة وما تملكه من وسائل لإجبار المخالف على احترام التنظيم السلوكى أو على توقيع جزاء مادى عليه يردعه عن مخالفته .

= م ٢٣٨ ع : من تسبب خطأ فى موت شخص آخر ... وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على خمس سنين وغرامة لا تقل عن مائة ولا تجاوز خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا وقعت الجريمة نتيجة ... أو نكل وقت الحادث عن مساعدة من وقعت عليه الجريمة أو عن طلب المساعدة له مع تمكنه من ذلك » .

م ٢٤٤ ع : «من تسبب خطأ فى جرح شخص أو إيذائه ... وتكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنتين وغرامة لا تجاوز ٣٠٠ جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين أو عن مساعدة من وقعت عليه الجريمة أو عن طلب المساعدة له مع تمكنه من ذلك » .

م ٧/٣٧٧ ع : «يعاقب بغرامة لا تجاوز ١٠٠ جنيه ... من امتنع ... عن بذل مساعدة وكان قادراً عليها عند طلب ذلك من جهة الاقتضاء فى حالة حصول حادث أو هياج أو غرق أو فيضان أو حريق أو نحو ذلك وكذا فى حالة قطع الطريق أو النهب أو التلبس بجريمة أو حالة تنفيذ أمر أو حكم قضائى» .

(١) بحيث يكون لمن اعتدى على حقه الالتجاء للقضاء لرفع هذا الاعتداء - رفع المخالفة والتعويض عن الضرر الذى أصابه . إضافة إلى تعرض المخالف للجزاء المقرر قانوناً بحسب القيمة الاجتماعية محل التنظيم .

المبحث الأول

القواعد القانونية وقواعد المجاملات والتقاليد

قواعد المجاملات والتقاليد هي ما تواضع الناس على إتباعه في علاقاتهم لما توفره من تدعيم لروابطهم وتآلف بينهم .

مثال ذلك التهنئة في المناسبات السعيدة وتقديم الهدايا والمواساة في المصائب على نحو معين (١) وعيادة المرضى والتحية عند اللقاء (٢).

وإذا كانت قاعدة المجاملات تشترك مع القاعدة القانونية في أن كليهما قاعدة سلوك تقويمية مجردة ، فإنها تختلف معها على ما قدمنا من حيث النطاق ومن حيث طريقة التنظيم والجزاء المدعم لكل منهما . ثم إنه قد تعمل القاعدة القانونية على مناهضة بعض التقاليد التي يقدر القائم على التنظيم في الدولة أنها مهددة للأمن والنظام ، شأن الأخذ بالثأر وبعض الاحتفالات

---

(١) كما هو الشأن في مجاملات كيفية تقديم العزاء واتباع الجنائز وهي في المجتمعات الإسلامية ذات أساس ديني في إجزال الثواب على اتباع الجنائز واعتباره من حقوق الجار على جاره بل من حق المسلم على المسلم عامة . وإن كانت هذه الآداب تضيف إليها بعض المجتمعات بعضاً من العادات السلوكية الإضافية شأن استقبال الجيران المعزين ومصافحتهم مدة إقامتهم للعزاء أو مشاركتهم في القيام بواجب ضيافتهم في منزل المتوفى وهي تمثل بعض صور التكافل الاجتماعي سواء في المناسبات السعيدة كالأفراح أو المؤلمات تتمثل في التقديمات العينية في المحيط القريب لأصحاب الشأن .

(٢) د. منصور مصطفى منصور ، المدخل للعلوم القانونية ١٩٧٠ ، ص ٣٦ . والتحية في المجتمعات الإسلامية تعد من آداب التعامل . ومن ذلك قوله تعالى « وإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها إن الله كان على كل شيء حسيبا » وهو ما قصدت السنة الحكيمة عينه أن إلقاء السلام مندوب وردها واجب كفاية إذا وجهت التحية إلى جماعة وواجب عيني إن وجهت إلى فرد واحد . وعنه ﷺ في رده على من سأله أي الإسلام خير قال « تطعم الطعام وتقرأ السلام على من عرفت ومن لم تعرف » . وفي بيان آدابه ما ورد عنه من أنه « يسلم الصغير على الكبير والمار على القاعد والقليل على الكثير » « ويسلم الراكب على الماشي والماشي على القاعد والقليل على الكثير » وقوله « ألا أدلكم على ما إذا فعلتموه تحاببتم ؟ قالوا بلى يا رسول الله ، قال : أفشوا السلام » .

الهمجية في الأفراح والموالد وشأن ما تجري به بعض التقاليد الهندية من إحراق زوجة المتوفى تأكيداً لمعنى الوفاء بين الزوجين . علماً بأن بعض التقاليد قد ترتقي لمستوى القاعدة القانونية حيث ترتقي القيمة الإجتماعية التي تقوم عليها في سلم قيم المجتمع ، وعندئذ تتدعم بالإلزام القانوني وليس بمجرد الإلزام الأدبي كما هو الشأن في إلزام الناس أو فئة منهم تشريعاً أو عرفاً بزي معين ، وكما هو شأن قواعد معاملة ممثلو الدول في استقبالهم وفيما يتمتعون به من حصانة وفيما يوضع على سلوكهم من ضوابط ، فقد بدأ تنظيمها بمجاملات دولية ثم ارتقت لمستوى القاعدة القانونية الملزمة سواء في صورة العُرف أو في صورة الاتفاقيات الدولية . ذلك لما تتمتع به القيم الإجتماعية من مرونة .

المبحث الثاني

القواعد القانونية وقواعد الأخلاق

قواعد الأخلاق هي مجموعة القواعد التي تهدف لكمال الانسان وتهذيبه والسمو به وبسلوكه بما يتفق والمثل العليا والاقتراب من الخير والبُعد من الشر ، شأن القواعد الداعية لمساعدة الضعيف وإكرام الضيف والإيثار ، والحث على العفو ، والرفق والتحابب في الله ، وغالبها ذو أصل ديني (١).

---

(١) أنظر قوله تعالى في العفو : « وأن تعفوا أقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم » وقوله « وإن تعفوا وتصفحوا وتغفروا فإن الله غفور رحيم » ، « وليعفوا وليصفحوا ألا تحبون أن يغفر الله لكم » ، « والكاظمين الغيظ والعافين عن الناس » ، « فاعف عنهم واصفح إن الله يحب المحسنين » . وقوله في الإيثار « ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة » « لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون » . وفي صلة الرحم « وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله » ، « وتواصوا بالصبر وتواصوا بالمرحمة » . وفي التواضع وذم الكبر « ولا تمش في الأرض مرحا إن الله لا يحب كل مختال فخور » . وفي التحابب في الله « يحبونهم كحب الله والذين آمنوا أشد حباً لله » ، « فسوف يأتي الله بقوم يحبهم ويحبونه أذلة على المؤمنين » . وفي فضيلة الصدق « والذي جاء بالصدق وصدق به أولئك هم المتقون » ، « ليجزي الله الصادقين بصدقهم » « والصادقين والصادقات ... والصابرين والصابرات ... أعد الله لهم مغفرة وأجراً عظيماً » . وهو ما تناولته السنة المطهرة تفصيلاً وبياناً .

على اعتبار اننا ندرس المبادئ العامة لنظرية القانون عموماً بدون تحديد بقانون وطني معين ، فإننا إذ نقارن الأخلاق بالتنظيم القانوني لا بد ان نضع في الاعتبار ما يتميز به التنظيم القانوني الوارد بالشريعة الإسلامية .

فإذا قارنا التنظيم القانوني الوضعي عموماً بالأخلاق نجد ان محور الاختلاف فيما بينهما يتمثل في انه بينما تنحصر الغاية من الأخلاق - كغاية واحدة - في غاية مثالية تنحو بالانسان نحو الكمال والتهذيب .

فإن التنظيم القانوني في وضعه للتنظيمات المحققة لوظائفه(١) ، يتأثر بمجموعة عوامل وحقائق موضوعية يأتي تنظيمه كمحصلة لتفاعلها بحيث لا تمثل الأخلاق إلا احدى العوامل او الحقائق(٢) المؤثرة في تشكيل مضمون تنظيمه . الأمر الذي يفسر إختلاف التنظيم القانوني عن الأخلاق سواء من حيث النطاق أو الاهتمام بالنوايا او الجزاء .

أولاً : من حيث النطاق :

فإنه يمكن التمييز بين مجالات تنظيم القانون والأخلاق للسلوك بين دوائر ثلاثة :

١ - دائرة مستقلة :

وهذه بدورها يمكن النظر إليها من جهتين :

الأولى : دائرة مستقلة للأخلاق :

على اعتبار ان القانون لا يعتني إلا بتنظيم أوجه السلوك المتصلة بقيم

---

(١) تحقيق التوازن الإجتماعي بين المصالح وإقرار النظام والأمن في المجتمع

(٢) إستقرار التعامل وإقامة النظام في المجتمع واعتبارات اقتصادية ، واعتبارات فلسفية سائدة ، فكلما زادت الأهمية النسبية للقيمة الأخلاقية في سلم القيم لدى المجتمع وارتفعت لمستوى القيم الأساسية الحاجية أو الضرورية - جاء تنظيمه متفقاً والأخلاق وحرص على توفير احترامها ، شأن حماية الأموال والأرواح ، وإذا نزلت القيمة الأخلاقية لمستوى القيمة الثانوية - التحسينية - غلب القانون التنظيم الذي يحقق الاعتبارات الأخرى - استقرار التعامل مثلاً - ولو على حساب القيمة الأخلاقية ، ليأتي تنظيمه احياناً متعارضاً مع القيمة الأخلاقية شأن فكرة التقادم المسقط او المكسب للحقوق

اخلاقية اساسية (ضرورية ، او حاجية) لا غنى للمجتمع عنها ولا يصلح أمره إلا باحترامها ، شأن حماية قيمة الحياة وحرية الممتلكات والعقاب على بعض صور الكذب التي تمثل خطورة على النظام الإجتماعي شأن التزوير وشهادة الزور والمسئولية المدنية عن التدليس بالكذب أو بالسكوت فيما يلزم الاخبار عنه لاستحالة معرفته من غير المتعاقد او الضمان في حالة إخفاء العيب .

اما أوجه السلوك المتصلة بقيم أخلاقية ثانوية - تحسينية او كمالية فهذه يترك القانون تنظيمها لقواعد الأخلاق (١) لتستقل بها ، شأن الإيثار وإكرام الضيف وتحري الصدق حتى فيما لا يؤثر على النظام الإجتماعي .

الثانية : دائرة مستقلة للقانون :

ونقصد بها الأمور التي يعتني القانون بتنظيمها إستجابة لفكرة النفع الإجتماعي وإستقرار المجتمع في مجال لا دخل للأخلاق فيه إيجاباً أو سلباً(٢) ، شأن تنظيم إجراءات التقاضي وتحديد جهة الاختصاص ومواعيد الطعن في الأحكام ، وشأن تنظيم المرور (السير على يمين او يسار الطريق السرعات على الطريق) وشأن قواعد التسجيل والشهر وقواعد الجنسية .

---

(١) وقلنا فيما سبق ان هذه الحدود مرنة بحسب ما يطرا على القيمة الأخلاقية من اهمية في نظر المجتمع . فقد تتدرج من كونها قيمة تحسينية متروك امرها للأخلاق إلى قيمة حاجية ينظمها القانون ، كما هو الحال في تجريم من يمتنع عن مساعدة انسان في خطر . (مع الاختلاف بين قوانين الدول في تحديدها لصورة الامتناع المجرم عن المساعدة) . وشأن تبني بعض القوانين القاعدة الأخلاقية التي تحث على إيثار الضعفاء من ركاب المواصلات العامة بالمقاعد وذلك في صورة تخصيص عدد معين من المقاعد لبعض هذه الفئات بحسب ظروف كل مجتمع (كبار السن - السيدات الحوامل - مصابو الحرب - المعوقون) وشأن تقنين نظرية التعسف في استعمال الحق وتبني نظرية تحمل التبعة في نطاق اصابات العمل لتعويض العمال عن اصاباتهم بسبب العمل ولو لم تكن راجعة لخطأ صاحب العمل وكذا نظام التأمينات الاجتماعية في حالات العجز ، المرض والشيخوخة .

(٢) نقصد في عمومية هذا النوع من القواعد ومع هذا فقد تتصل بعض هذه القواعد بالأخلاق شأن احترام حق المشاة في المرور - شأن الضوابط المرور - ضوابط استخدام آلة التنبيه .

٢ – دائرة مشتركة :

وذلك حيث يتعلق الأمر بقيمة أخلاقية أساسية ، ضرورية أو حاجية لا غنى عن وضع تنظيم يحققها أو في الأقل لا يتعارض معها .

وهذه الدائرة تمثل الهيكل الأساسي للتنظيم القانوني ، شأن القواعد الحامية لقيمة الحياة ولحرمة الأبدان وحق الملكية ، وتلك المانعة من الأثراء بلا سبب على حساب الغير والموجبة للوفاء بالالتزام . واعتبار الآداب العامة كضابط لا بد من إحترامه في التعامل وتطلب أن يكون محل الالتزام غير مخالف للنظام العام والآداب وإلا كان العقد باطلاً (م ١٣٥ مدني)(١) ، ذلك وكلما ارتقى المجتمع وتعمق فيه التيار الديني كلما ازدادت اهمية القيمة الأخلاقية فيه وعنى التنظيم القانوني بتحقيقها او في الأقل بعدم معارضتها وبالتالي تتسع الدائرة المشتركة بين القانون والأخلاق ، وهو ما يسبغ على قواعده الاتساق مع الفطرة السليمة ويبعد عنه الاصطناع ويدعم الوعي التلقائي باحترامه .

كما تظهر هذه الدائرة المشتركة في اشتراط القانون ألا يكون سبب الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب وإلا كان العقد باطلاً (م ١٣٦ مدني) والمقصود هنا بالسبب الباعث الدافع للتعاقد لا مجرد الغرض المباشر من العقد ، وهو ما يعرف بسبب العقد وهو ما يمثل اعتداداً بالأخلاق في نطاق التصرفات القانونية شريطة أن يكون معلوم من الطرف الآخر في التعاقد أو

---

(١) كما هو الشأن في بطلان الاتفاق على اقامة علاقة جنسية غير مشروعة او المقامرة او الرهان (م ٧٤٩-٧٤٠ مدني) أو الاتجار في المخدرات أو القوادة بغرض تسهيل اقامة علاقة جنسية غير مشروعة أو استمرارها وكذا يبطل الاتفاق على تقاضي اجراً جزاء القيام بعمل كان يجب عليه القيام به دون اجر كمن يتعهد برد وديعة عنده أو مال اقترضه او شيء سرقه مقابل اجر يأخذه ، وشأن التنازل عن البنوة للغير وشأن الاتفاق على تعديل أحكام الزواج والطلاق المتصلة بالنظام العام كما يعد باطلاً الاتفاق على مخالفة قواعد قانون العقوبات حيث يتفق على مبلغ معين لقاء ارتكاب او عدم ارتكاب جريمة أو الاتفاق على تحمل المسئولية الجنائية عن الجاني . وشأن بطلان الاتفاق على التبرع بعضو من أعضائه إذا كان هذا التبرع مضر له وهكذا .

كان في استطاعته العلم به (١) .

٣– دائرة متعارضة :

حيث يغلب لدى القائم على التنظيم اعتبارات عملية أخرى غير الأخلاق ، فقد يأتي تنظيمه مخالفاً لما تقضي به الأخلاق من قبيل ذلك تغليب الاعتبار الاقتصادي لدى بعض الأنظمة القانونية مما أدى بها إلى إجازة التعامل بفائدة ربوية وكذا تغليب اعتبار استقرار التعامل مما أدى إلى اقرار التقادم المسقط للحقوق بمضي مدة معينة من تاريخ الاستحقاق دون تحرك من جانب الدائن(٢) .

ومن الجدير بالذكر أن الشريعة الإسلامية في أحكامها القطعية ومبادئها الكلية فيما دل عليه الكتاب والسنّة يمثل المقوم الأساسي للنظام الأساسي للدولة الإسلامية بما يتعين معه على السلطة التشريعية فيما تصدره من أنظمة أن تتفق معها وألا تتعارض معها ، وكل ما يخالف الشريعة الإسلامية يُعد معيباً بعدم الدستورية ولا يجوز تطبيقه فاحترام القواعد الأخلاقية ذات الأساس الديني مفروض على السلطة التشريعية كما أنه مضمون بالرقابة القضائية(٣) .

ثانياً : من حيث النوايا :

باعتبار أن الأخلاق تعني بتهذيب الانسان وكماله فإنها تهتم بالنوايا والبواعث الداخلية ولو لم تقترن بسلوك خارجي ، شأن اللوم الإجتماعي الذي يوجه للحاسد والحاقد .

---

(١) وتطبيقاً لذلك تقضي ببطلان تبرع الخليل لخليلته إذا كان الباعث الدافع له هو استبقاء العلاقة غير المشروعة بينهما على العكس يكون التبرع صحيحاً إذا كان القصد منه تعويضها عما أصابها من ضرر بسبب الصلة غير المشروعة .

(٢) انظر مع ذلك اتجاه هذه الأنظمة استجابة للاعتبار الخلقي إلى تقريرها أن يتخلف عن تقادم الالتزام المدني ، التزام طبيعي لا يسترد إذا ما اداه المدين اختياراً قاصداً الوفاء به . أو تقرير أنه ينتج من عدم المطالبة بالحق بغير عذر شرعي لفترة طويلة عند الانكار مجرد عدم سماع الدعوى وليس إسقاط الحق.

(٣) انظر عكس هذا الاتجاه م ٢ من الدستور المصري - ١٩٧١ م (مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع) .

بينما القانون ووظيفته إقامة النظام في المجتمع فإنه لا يحفل إلا بالسلوك الخارجي ولا شأن له بما ظل حبيس النفس . لأن هذه النوايا لا تؤثر – طالما ظلت كامنة – على النظام الإجتماعي .

وإنما يبدأ اعتناء القانون بالنية إذا ما صاحبها سلوك خارجي(١) .

ثالثاً : الجزاء :

يقتصر الجزاء فى نطاق الأخلاق على تأنيب الضمير ، واستنكار المجتمع. بينما الجزاء فى القانون يتمثل فى الجزاء المادى الذى تفرضه السلطة العامة . مرجع ذلك أن القانون لا يهتم إلا بتنظيم ما يتصل بالقيم الأخلاقية الأساسية – ضرورية أو حاجية – والتى لا يغنى فى كفالة احترامها الجزاء المعنوى المتمثل فى الاستنكار .

أما التنظيم القانونى الوارد فى الشريعة الإسلامية :

فلقد ظهرت عبقريته فى أنه استطاع أن يحقق التوازن الإجتماعى واستقرار النظام فى المجتمع بما لا يحمل أى تعارض مع الأخلاق بل بما يحققها . وفى ذلك يقول عليه الصلاة والسلام « إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق » (٢).

وكانت وسيلته فى ذلك تقسيم المصالح إلى ضرورية . حاجية . تحسينية. مع اختلاف درجات الحكم التكليفى بحسب اختلاف القيمة محل التنظيم إلى: واجب – مندوب – محرم – مكروه – مباح. الأمر الذى يمكن معه تمثيل صلة التنظيم الوارد فى الشريعة فيما يتعلق بعلاقة الانسان بغيره مقارناً بالأخلاق فى دائرتين :

أ – دائرة مستقلة :

ونعنى بها الأمور المتصلة بالتنظيم الإجتماعى فيما لا دخل للأخلاق فى تحديد مضمونه(٣) .

(١) انظر ما سبق القاعدة القانونية قاعدة سلوك

(٢) أى بما يحقق المثل العليا وليس مجرد القيم الأخلاقية الضرورية أو الحاجية

(٣) انظر ما سبق بالدائرة مستقلة للقانون .

شأن أحكام الولاية على المال ، المواريث ، الوصية ، الوقف وكل [illegible] المصالح المرسلة والمستهدف للنفع الإجتماعى فيما لا صلة له بالأخلاق [illegible] الضرائب والجمارك .

٢ – دائرة مشتركة :

فيما عدا ما سبق فإن جميع التنظيمات الواردة بالشريعة أو المستمدة منها ، تتفق والأخلاق ولا تتعارض معها .

إذا كان التنظيم الوارد فى الشريعة لا يتصوَّر أن يأتى مناقضاً للأخلاق فإن ذلك ليس معناه أن الشرع الإسلامى عامل جميع القيم الأخلاقية بتنظيم موحد .

بل إن معاملته اختلفت بحسب تدرج القيمة الأخلاقية فى سلم القيم : ضرورية ، حاجية أو تحسينية .

فإذا تعلق الأمر بقيمة أخلاقية ضرورية أو حاجية نظم الشارع ما [illegible] ويحميها بجزاء أخروى ودنيوى جميعاً شأن حماية قيمة الحياة(١) ، حرمة الملكية(٢) ، وتحريم الربا(٣) وبحيث يكون الحكم التكليفى هو الواجب فيما يتعين اتيانه أو المحرم فيما طلب الشارع الكف عنه .

وفيما هو أقل درجة من القيم الأخلاقية أى ما كان منها تحسينياً ، اكتفت الشريعة بالحث عليه بإجزال الثواب دون أن [illegible] على عدم احترامه جزاء أخروى دنيوى وهو ما يعرف فى نطاق الحكم التكليفى بالمندوب (٤) .

شأنه الحث على التحابب فى الله . وفى ذلك يقول ﷺ : إن الله تعالى يقول : « يوم القيامة أين المتحابون بجلالى ؟ اليوم أظلهم بظلى يوم لا ظل إلا ظلى » ، وشأن الحث على العفو والستر على المسلم والصدق والإيثار ، وفى ذلك يقول الرسول : « ما نقصت صدقة من مال وما زاد الله عبداً بعفو إلا عزاً وما تواضع أحد لله إلا رفعه الله » .

(١) انظر القصاص كجزاء دنيوى على القتل العمد إضافة للجزاء الأخروى

(٢) جزاء السرقة فى الدنيا – القطع – بالإضافة إلى الجزاء الأخروى .

(٣) بطلانه كجزاء دنيوى بالإضافة إلى الجزاء الأخروى .

(٤) انظر تفصيل أحكام المندوب = الأستاذ على حسب الله ، ص ٢٨٦ .

وكما تتدرج القيمة الأخلاقية في الأهمية وبالتالي نوع الحكم التكليفي في المسائل المختلفة قد تتدرج في المسألة الواحدة . شأن الحق في المال فهو في شأن الزكاة مصلحة ضرورية والحكم واجب ، والصدقة مصلحة تحسينية والحكم مندوب وفي درجة أعلى الإيثار « والذين يؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة » .

المبحث الثالث

القواعد القانونية والدين

يطلق الدين لغة للدلالة على معانٍ كثيرة . منها ما يتديّن به الشخص من الإسلام وغيره ويطلق على الطاعة كما اطلق على الجزاء والمكافأة .

وفي الشرع . يقصد بالدين الخضوع لله ومنهجه وما تضمنه من أوامر ونواهي .

من حيث النطاق يعتبر نطاق الدين الإسلامي أوسع من نطاق قواعد القانون . ذلك أن قواعد الدين الإسلامي تنظم صلة الانسان بربه وهو ما يتصل بأحكام العقيدة (١) وصلته بنفسه (٢) وعلاقة الانسان بغيره (٣) بينما قواعد القانون لا تعتني إلا بتنظيم علاقة الانسان بغيره .

---

(١) المتعلقة بوحدانية الله وصفاته والإيمان به ورسله واليوم الآخر وما فيه من حساب وجزاء ويجمعها ما اصطلح عليه بعلم التوحيد أو علم الكلام .

(٢) وهي تعني بتهذيب النفس وإصلاحها بما تضمنته من آداب وحميد الأخلاق والصدق والأمانة والوفاء بالعهد والايثار والتواضع والاحسان والعفو والصفح والنظافة الشخصية (نعمه ﷺ خمس من الفطرة : تقليم الأظافر - الاستحداد - حف الشارب - نتف شعر الابط - الختان) وآداب اللباس - وآداب الطعام والشراب وقضاء الحاجة وما الى ذلك وما يبينه من رذائل يتعين الابتعاد عنها وهو ما اصطلح على تسميته بعلم الأخلاق .

(٣) كأحكام البيوع والهبة والإجارة والرهن وغيرها وهي ما اصطلح على معالجته في إطار المعاملات وقريب من شموله لهذه الأحكام الدين اليهودي . بينما الدين المسيحي اهتمي اساساً بالنوعين الأولين من القواعد (علم التوحيد علم الأخلاق) فلهم اختلاف بأحكام الزواج والطلاق .

اما من حيث طريقة التنظيم ، فإن قواعد القانون تتنوع بحسب صورة الالزام فيها ومدى اتصالها بالنظام العام والآداب - اى بحسب أهمية القيمة الإجتماعية محل التنظيم - إلى قواعد أمرة ومكملة ، بينما يتدرج وصف الحكم الشرعي في الشريعة الإسلامية بدرجة أكثر تنوعاً بالنظر لتدرج القيمة الإجتماعية محل التنظيم (١) إلى واجب - مندوب - محرم - مكروه - مباح .

أما عن الجزاء فإنه في نطاق القانون الوضعي يتمثل في جزاء مادي توقعه السلطة العامة .

بينما الجزاء في حالة مخالفة القواعد الدينية يكون جزاء دنيوياً بجانب الجزاء الأخروي إذا ما قدر الشارع أن القيمة محل التنظيم هي قيمة حيوية في بناء المجتمع وحسب النية المصاحبة للسلوك . كما هو الشأن في حالة القتل العمد او الغش في التعامل . بينما الجزاء يكون دنيوياً فقط في حالات اخرى شأن القتل غير العمد ، وقد يتمثل الجزاء في الحرمان من الثواب لو كان الحكم الشرعي مندوباً إليه .

ذلك وإذا كان وضع الأنظمة الوضعية من باب المصالح المرسلة حيث لا يوجد حكم تفصيلي في الكتاب او السنّة .

فإن هذه الأنظمة - في الدولة الإسلامية - عليها ألا تتعارض مع الأحكام القطعية والمبادئ الكلية للشريعة الإسلامية .

وتجدر الملاحظة إلى تأثر الأنظمة القانونية بقواعد الدين بحسب تعمق التيار الديني في المجتمع ، خاصة في المجتمعات الاسلامية على اعتبار ان الدين الاسلامي دين دولة . ولقد قنن التشريع المصري خاصة في مجال الاحوال الشخصية - ما يتعلق بالأسرة من زواج ، طلاق ، ميراث ، وصية ، ولاية على المال والنفس أحكام الشريعة الاسلامية . كما تتأسس كثير من احكامه في مجالات المعاملات (البيع - الشفعة - الأهلية) على مبادئ مستقاة من الشريعة الاسلامية .

---

(١) انظر ما سبق ، قيمة ضرورية - قيمة حاجية - قيمة تحسينية

الباب الثانى*

تقسيم القواعد القانونية

تمهيد :

الحاجة الى تقسيم وتصنيف القاعدة القانونية يدعو الى الحرص على التبويب المدرسى وإبراز الخصائص المشتركة ، مع ما لهذا من أثر فى سهولة الاستدلال عليها وعون فى تطبيقها ، وهى بهذا عمل فقهى وليس عملاً تشريعاً .

معلوم أن التقسيمات يمكن أن تتعدد بحسب الأساس المُتخذ معياراً للتبويب ، بحيث يمكن أن تدخل نفس القاعدة فى أكثر من تقسيم باعتبار اختلاف المعيار (١) .

من بين هذه التقسيمات ما يتناول تقسيم القاعدة بحسب مضمونها الى قاعدة موضوعية واجرائية . فالأولى تبيّن التنظيم الموضوعى للروابط القانونية وتبيّن الحقوق والواجبات وكيفية نشأتها ومباشرتها وزوالها شأن قواعد القانون المدنى والتجارى والعقوبات والدستورى . بينما القواعد الاجرائية ترسم الاجراءات الواجب اتباعها عند المطالبة بحماية الحق وصولاً لتطبيق القواعد الموضوعية شأن قواعد المرافعات المدنية والتجارية وشأن قواعد الاجراءات الجنائية وقواعد القضاء الادارى .

---

* تأليف د. همام محمد محمود .

(١) فى ظل تقسيم فقه القانون الوضعى يمكن أن نجد القاعدة الآمرة (تقسيم على أساس صورة الالزام فى القاعدة ومدى اتصالها بالنظام العام) فى نفس الوقت من قواعد القانون العام أو الخاص (تقسيم يقوم على طبيعة العلاقة القانونية محل التنظيم) كما قد تكون نفسها قاعدة موضوعية أو اجرائية (تقسيم على أساس مضمون القاعدة).

ومنها ما يتناولها بحسب ما إذا كانت مكتوبة أو غير مكتوبة بحسب الصورة التي تصدر فيها عن مصدرها الرسمي (١) . وكذا تقسيم القاعدة بحسب طبيعة العلاقة القانونية إلى قواعد قانون عام ، وقواعد قانون خاص ، وهو ما نخصه بالدراسة إضافة إلى تقسيمها بحسب صورة الالزام فيها ومدى اتصالها بالنظام العام إلى قواعد آمرة وقواعد مكملة .

---

(١) فهي مكتوبة شأن التشريع الذي يصدر من السلطة المختصة بالتشريع وهي غير مكتوبة شأن القاعدة القانونية التي تجد مصدرها في العرف

Chapter (1)

الفصل الأول

تقسيم القاعدة القانونية من حيث شروط تطبيقها ومدى اتصالها بالنظام العام

« قاعدة آمرة(*) ومكملة(**) »

تمهيد :

حيث يُقدّر القائم على التنظيم أن تنظيمه من حيث المبدأ والمضمون ضروري لحفظ كيان المجتمع ومقوماته الأساسية (اقتصادية ، سياسية ، اجتماعية ، أخلاقية ، دينية) فإنه ينظمه بطريقة آمرة بحيث يمتنع على المخاطبين به أن يستبعدوه أو يخالفوه .

بينما حيث يُقدّر القائم على التنظيم أن ما جاء به من تنظيم من حيث المضمون لا يمس المقومات الأساسية للمجتمع وبالتالي لا تختل إذا ما استبعد التنظيم القانوني أو عدّل من جانب المخاطبين به بصيغة أخرى لتوازن المصالح ، فإنه ينظمه بطريقة مكملة تسمح للمخاطبين به أن يستبعدوه أو يتفقوا على ما يخالفه .

من الجدير بالذكر أن نطاق استخدام القائم على التنظيم لهاتين الطريقتين الفنيتين في التنظيم يتأثر ضيقاً واتساعاً بالمذهب الفلسفي السائد في الجماعة (فردياً أو جماعياً) .

ذلك من شأنه أن يرسم خطة بحثنا على النحو التالي :

مبحث أول : المقصود بالقاعدة الآمرة والمكملة .

مبحث ثان : معيار التفرقة .

مبحث ثالث : أثر المذهب الفلسفي السائد على نطاق القاعدة الآمرة والمكملة .

Imperative rule

المبحث الأول

المقصود بالقاعدة الآمرة والمكملة

يُقصد بالقاعدة الآمرة تلك التي لا يجوز للمخاطبين بها الاتفاق على عكس ما جاءت به من تنظيم - ولو قدروا ان اتفاقهم اكثر تحقيقاً لمصلحتهم من وجهة نظرهم (١) - بحيث تنعدم حرية الأفراد في استبعاد حكمها للاتصاله بمقوم اساسي من مقومات المجتمع وهو ما يُعرف بالنظام العام والآداب (٢) .

ويقابل هذا التقسيم في الفقه الاسلامي : الحكم الشرعي المتصل بحق الله حيث ينسب الحكم الى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه ، اى تعبيرا عن اتصاله وتأثيره على المصالح الحيوية الضرورية في المجتمع (٣) .

من قبيل ذلك في: **مجال القانون العام** ، نجد في **مجال القانون الدستوري** ، أنه يعتبر من النظام العام كل ما **يتصل باختصاص السلطات** ، بحيث يمتنع على الادارة تعديلها أو النزول عنها أو الاتفاق على

(١) من قبيل ذلك بطلان جمع الزوجة لأكثر من زوج فى نفس الوقت ، او بطلان التبنى أو بطلان الجمع بين أكثر من أربع زوجات فى نفس الوقت ولو برضاء جميع الأطراف .

(٢) إلا انه يلاحظ انه يصح الاتفاق **المغاير** للتنظيم القانوني الامر دون ان يكون مخالفاً له .

ووجه عدم مخالفته أن التنظيم الاتفاقى المغاير انما جاء مدعماً لذات **المصلحة محل الحماية** بالتنظيم الآمر **وفى ذات اتجاه الحماية** الذى تبناه المشرع بحيث حقق التنظيم الاتفاقى ذات المصلحة محل التنظيم بأكثر مما يحققه التنظيم التشريعي . ومن ثم فهو اتفاق لا يناقض ولا يفوّت المصلحة محل التنظيم بل هو أكثر تحقيقاً لها، وهو ما يخضع فى تقديره للقاضى تحت رقابة محكمة النقض .

من قبيل ذلك الاتفاق على أكثر من الحد الادنى للأجر او زيادة اجازات العامل او انقاص الحد الأقصى لساعات العمل دون انقاص الحد الأدنى للأجر ، وهو ما يعرف بالنظام العام الحمائى .

(٣) ارجع شرح التلويح على التوضيح فيما أورده مشاراً اليه فى د. عبد المنعم فرج الصدا مرجع سابق ص ٩٩ .

عكسها ، ويتعرض القاضى لعيب عدم الاختصاص من تلقاء نفسه ولو لم يدفع به الطاعن في القرار الادارى ، ولأن الاختصاص واجب يلزم صاحبه ان يمارسه بنفسه وليس بغيره وليس حقاً يسوغ له أن يعهد به الى سواه، فإنه يمتنع على صاحب الاختصاص ان يفوّض غيره في مباشرته إلا إذا اجاز له القانون ذلك وبالضوابط المقررة فى القانون (١) . وكذا **كل ما يتصل بالحقوق والحريات العامة** كحق الترشيح والانتخاب ، فيقع باطلاً التعهد بعدم الترشيح أو عدم التصويت أو التصويت على وجه معيّن . وكذا حرية التنقل وحرية العقيدة وحرية العمل .

والحق فى الحياة وسلامة الجسم والاعتبار سواء من الناحية الجنائية أو المدنية (٢) والحق في الخصوصية فيما تقرره م ٤٥ من الدستور (٣) . وما تقرره م ٤٤ من الدستور من حرمة المساكن بحيث لا يجوز دخولها ولا تفتيشها إلا بأمر قضائى مسبب وفقاً لأحكام القانون . وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ٥ لسنة ٤ق دستورية بجلسة ٢/٦/١٩٨٤ بعدم دستورية م ٤٧ من قانون الاجراءات الجنائية التى كانت تجيز لمأمور الضبط القضائى تفتيش مسكن المتهم فى حالة التلبس(٤)

(١) فإن التفويض - وهو استثناءا من الأصل العام - يجب أن يكون صريحاً واضحاً ولا يجوز افتراضه ضمناً وأحكامه تخضع لقاعدة التفسير الضيق فلا يمتد الى غير النطاق المقرر فيه ويقتصر استعماله على من انيط به فقط ولا يجوز له التفويض فيما فوض فيه لأن التفويض فى التفويض مخالف للقانون .

د. محمد فؤاد عبد الباسط : اعمال السلطة الادارية ، ط ١٩٨٩ مكتبة الهداية والأحكام القضاء المشار اليها (م ٨٦ من الدستور ، م ١٤٥ من الدستور ، م ١٤٩ من الدستور) .

(٢) م ٤٢ من الدستور - ١٩٧١ - : لا يجوز اجراء اى تجربة طبية او علمية على اى انسان بغير رضائه الحر، م ١١٦ ، ١٧٩ ع ، ٢٣٠ ، ٢٣٤ ع ، م ٢٨٣ ع ، ٢٤٠ ع ، ٢٤١ ع ، ٢٤٢ ع

(٣) م ٤٥ من الدستور : لحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون وللمراسلات البريدية والبرقية والمحادثات التليفونية وغيرها من وسائل الاتصال حرمة ، وسريتها مكفولة ، ولا تجوز مصادرتها او الاطلاع عليها او رقابتها إلا بأمر قضائى مسبب ولمدة محددة وفقاً لأحكام القانون .

(٤) : يبين من المقابلة بين المادتين ٤١ ، ٤٤ من الدستور ... ان المشرع الدستورى قد

وفى مجال القانون الإدارى ، يتصل بالنظام العام كل ما يتصل بالوظيفة العامة .

وفى نطاق **القانون المالى** ما يتعلق بتنظيم النقد وفرض سعر إلزامى للعملة الورقية بما يترتب عليه بطلان شرط الدفع بالذهب .

وفى نطاق القانون الجنائى ، يبطل الاتفاق بين شخصين على أن يقتل أحدهما الآخر أو على قتل ثالث أو على أن يتحمل عنه المسئولية الجنائية ، على أساس أن الغرض من التنظيم القانونى يتعدى المحافظة على المصلحة الخاصة المتمثلة فى قيمة الحياة الخاصة بكل شخص على حدة الى استهداف حماية قيمة الحياة عموماً بما يحفظ لأفراد المجتمع أمنه واستقراره وهو ما يمثل قيمة أساسية لا غنى للمجتمع عنها (١) .

ومن ذلك قانون الخدمة العسكرية -١٢٧ لسنة ٨٠ فى تحديده لمدة الخدمة العسكرية الالزامية وفى بيانه لحالات الاعفاء منها نهائياً أو مؤقتاً وضوابط تأجيل التجنيد .

وكذا يتعلق بالنظام العام قواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية المنظمة للاختصاص الولائى الذى يعقد الاختصاص بنظر نوع معين من المنازعات لجهة قضائية دون أخرى (٢) وكذا قواعد الاختصاص النوعى أو القيمى

- فرّق فى الحكم بين تفتيش الأشخاص وتفتيش المساكن ... فجاء نص م ٤٤ من الدستور ... عاماً مطلقاً لم يرد عليه ما يخصصه أو يقيده بما مؤداه أن هذا النص الدستورى يستلزم فى جميع أحوال تفتيش المساكن صدور الأمر القضائى المسبب وذلك صوناً لحرمة المسكن التى تنبثق من الحرية الشخصية التى تتعلق بكيان الفرد وحياته الخاصة ومسكنه الذى يأوى اليه وهو موضع سره وسكينته ... انظر عبد الله محمد حسين خير الله - رسالة دكتوراه : الحرية الشخصية فى مصر - ضوابط الاستعمال وضمانات التطبيق - جامعة الاسكندرية .

(١) أى أن القاعدة من وراء حماية المصلحة الخاصة تستهدف أيضاً حماية مصلحة تعنى المجتمع بأسره .

(٢) انظر اختصاص القضاء العادى بنظر منازعات القانون الخاص بينما يختص القضاء الادارى بنظر المنازعات الادارية

لمحكمة معيّنة (١) . وكذا القواعد المنظمة لطرق الطعن فى الأحكام ومواعيدها (م ٢١٩ مرافعات وما بعدها - ٢٤١ مرافعات - ٢٤٨ مرافعات) .

وفى نطاق القانون الخاص : نجد أن أغلب القواعد المتعلقة بالأحوال الشخصية المنظمة للأسرة من زواج وطلاق يتعلق بالنظام العام وكذا ما يتعلق بأهلية الشخص .

وكذا فى مجال المعاملات شأن القواعد التى تكفل حماية الطرف الضعيف فى العقد من الاستغلال ، والاذعان - م ١٤٩ مدنى ، والظروف الطارئة - م ١٤٧ مدنى ، أو المانعة للمعاملات الربوية والقواعد المناهضة للغش كما هو الحال فى عدم جواز الاعفاء من المسئولية العقدية فى حالتى الغش والخطأ الجسيم .

وبالنظر لانعدام حرية الأفراد إزاء ما تتضمنه القاعدة الامرة من أحكام **يكون الاتفاق على ما يغايرها باطلاً** كما هو الحال فى ارتضاء الزواج من المحرمة شرعاً أو ارتضاء الجمع بين أكثر من زوج أو التصرف فى المال العام أو مخالفة الحد الأدنى لتشغيل الأحداث أو تشغيل النساء فيما يحظر تشغيلهن فيه لخطورته أو مشقته **وفى القليل يكون الاتفاق المخالف واجب التعديل بما يزيل أثر المخالفة للحكم الآمر** شأن مخالفة الحد الادنى للأجر أو قواعد الميراث أو الاعفاء من المسئولية الشخصية فى حالتى الغش والخطأ الجسيم أو مخالفة التسعيرة الجبرية أو ارتفاعات المبانى .

وفى مقابل ذلك فإن القاعدة المكملة هى التى تسمح للمخاطبين بها بالاتفاق على عكس ما جاءت به من تنظيم بحيث يكون العمل بها معلقاً بعدم استبعاد حكمها من جانبهم . فكأن القانون وضع نموذجاً لتنظيم المسألة تاركاً للمخاطبين به حرية الاحتكام اليه أو استبعاده أو استبداله بتنظيم اتفاقى أو عرفى وهذا ما يقابل فى الفقه الاسلامى الحكم الشرعى المتصل بحق العبد وهو ما لا يتصل بمصالح أساسية تهم المجتمع .

من قبيل ذلك ما هو مقرر من أن نفقات الوفاء بالدين تكون على المدين ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك (م ٤٦٤ مدنى م ٤٣٦ مدنى - م ٣١٨

---

(١) انظر م ١٢ مرافعات فى تحديد نصاب اختصاص المحكمة الجزئية والابتدائية - م ٤٢

مدنى) ، أو من أن الثمن يكون مستحق الوفاء فى الوقت الذى يسلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك - م ٤٥٧ مدنى - أو من أن الثمن يكون مستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك (م ٤٥٦ مدنى) .

على أن يكون مفهوماً أن المقابلة بين القاعدة الآمرة والمكملة ليست مقابلة بين تنظيمات تستهدف تحقيق المصلحة العامة فتنظم بقواعد آمرة وبين تنظيمات تستهدف تحقيق التوازن بين مصالح خاصة فتنظم بقاعدة مكملة ، وانما هو من ناحية مقابلة بين تنظيم يتصل بالمقومات الأساسية للمجتمع سواء كان التنظيم مستهدفاً تحقيق المصلحة العامة وهو المجال الخصب لفروع القانون العام أو مستهدفاً التوازن بين المصالح الخاصة فى مجال قدر فيه القائم على التنظيم أن صيغة التوازن التى وضعها ضرورى احترامها حفاظاً على النظام والاستقرار فى المجتمع اى متصل بالنظام العام وفى هذه الحالات جميعاً ينظمه بطريقة آمرة (١) ، ومن ناحية أخرى مقابلة لتنظيم لا يتصل بالمقومات الأساسية للمجتمع حيث يقدر القائم على التنظيم أن صيغة التوازن النظامية التى وضعها لتنظيم المصالح الخاصة غير متصلة بركائز المجتمع الأساسية فينظمها بطريقة مكملة (٢).

ومن الجدير بالذكر أن امكانية استبعاد الحكم الذى جاءت به القاعدة المكملة لا ينفى عنها خصيصة الالزام التى تتصف بها باعتبارها قاعدة قانونية شأنها شأن القاعدة الآمرة .

كل ما فى الأمر أن القاعدة الآمرة تكون مطلقة التطبيق بحيث لا يتوقف تطبيقها على شرط ، بينما القاعدة المكملة تتجه الى المخاطبين بها بخطاب معلق على شرط بحيث لا تكون واجبة التطبيق إلا بتوافر هذا

(١) شأن اغلب القواعد المنظمة لقانون الأحوال الشخصية (ميراث ، زواج ، طلاق ، أهلية) . وفى نطاق المعاملات ، القواعد المنظمة لعقد الاذعان والخاصة بحماية الطرف الضعيف او وضع حد أقصى للفوائد ٢٢٧ مدنى - منع تأبيد عقد العمل م ٦٧٨ مدنى - ومنع الاتفاق على تأبيد الشيوع (م ٨٣٤ مدنى) .

(٢) شأن القاعدة المقررة ان نفقات عقد البيع ورسوم التسجيل تكون على المشترى ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك ، أو من أن المؤجر ملتزم بالترميمات الضرورية ما لم يتفق على غير ذلك

الشرط ، وشرط انطباقها هو عدم اتفاق المخاطبين بها على استبعادها أو على عكس ما جاءت به(١) ، بحيث إذا اتفق المخاطبون على ما يخالفها ، فإنها لا تنطبق عليهم لتخلف شرط تطبيقها وليس لأنها غير ملزمة .

على أن يكون مفهوماً أن مجرد السكوت عن وضع تنظيم مغاير لما جاء فى القاعدة المكملة وعدم الإحالة اليها لا يعتبر استبعاداً لها ، فى المقابل فإنه يعتبر استبعاداً لها (٢) الاتفاق على ما يغايرها او جريان العُرف على غير ما جاءت به من تنظيم ، بمعنى أن القاعدة المكملة تنطبق على المخاطبين بها ما لم يتفقوا على ما يخالفها .

المبحث الثانى

معيار التفرقة بين القاعدة الآمرة والمكملة

هناك معياران للتفرقة :

١- معيار لفظى .

٢- معيار معنوى .

١ - معيار لفظى (دلالة العبارة) :

وذلك حيث تكون عبارة النص وألفاظه قاطعة فى الدلالة على طبيعة القاعدة (٣).

(١) د. شمس الدين الوكيل - المرجع السابق ، ص ٩٥

د. عبد المنعم الصدة ، ص ٨٩ .

هناك من يرى أن القواعد المكملة قواعد ملزمة انتهاء حيث لا يستخدم المخاطبون بها حقهم فى استبعادها ، لا ابتداء فى المرحلة السابقة على قرارهم بالخضوع لها أو باستبعادها. وهو قول يتعارض مع القوة الملزمة الذاتية للقاعدة القانونية ولو جهل بها المخاطب.

(٢) بل إن هذا السكوت يفسر على أنه احالة اليها أو اكتفاء بما ورد فيها وهو ما قد يكون مبرر تسميتها بالمكملة على اعتبار أنها تكمل ما أهمله اتفاق الأطراف فى تنظيم مسألة من المسائل

(٣) انظر فى هذا د. عبد المنعم فرج الصدة - المرجع السابق - ص ٩٠.

فتكون آمرة حيث يستخدم المشرع عبارات تفيد الأمر (يجب . يتعيّن . يلزم) او النهى (لا يحق . ليس لأحد) أو تنص على عدم جواز الاتفاق على ما يخالف حكمها ان تقرر جزاءً جنائياً او مدنياً فى حالة مخالفة التنظيم الذى جاء به النظام ، شأن النص – م ١٣١ مدنى– على أن « التعامل فى تركة انسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه » .

وما تنص عليه م ٤٨ مدنى « ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل فى احكامها » . وما تنص عليه م ٤٩ مدنى « ليس لأحد النزول عن حريته الشخصية . أو استخدام تعبير « لا يجوز » شأن ما ورد فى م ٣٨٨ ومنها م ١٠٣٠ مدنى .

وشأن النص م ١٤٧ مدنى الذى يجيز للقاضى فى حالة الظروف الطارئة ، ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك » ونص م ١٣٥ مدنى « إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام او الآداب كان العقد باطلاً .

وعلى العكس من ذلك تكون القاعدة مكملة إذا صيغ النص بصورة تدل فيها عباراته صراحة على إمكان استبعادها او الاتفاق على ما يخالفها ، بتصريحه انه يجوز الاتفاق على ما يخالفها أو بالنص على أنها تطبق ما لم يوجد اتفاق او عُرف يقضى بغير ذلك أو أن يصاغ النص بما يحمل معنى الجواز ، كأن يقول ، يجوز » . وفى ذلك وردت م ٥١٥ مدنى « ... **ويجوز** الاتفاق على اعفاء الشريك الذى لم يقدم غير عمله من المساهمة فى الخسائر ، بشرط الا يكون قد تقرر له اجر عن عمله » . ومن قبيل ذلك م ٤٥٦ مدنى « يكون الثمن مستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عُرف بغير ذلك » (١).

٢ ـ معيار معنوى :

حيث لا تفيد عبارة النص فى الدلالة على طبيعة القاعدة ، فلا بد من الاحتكام الى مدى اتصال التنظيم الذى جاءت به القاعدة بالنظام العام

(١) انظر كذلك صياغة م ٤٩٢ - ٥١٤ مدنى .

والآداب فى الجماعة من عدمه . فحيث يتعلق به تكون القاعدة الآمرة ، وحيث لا يتعلق به تكون مكملة .

والقاضى فى تقديره لمضمون التنظيم القانونى يستلهم الروح العامة للتنظيم القانونى ، مجنباً معتقداته الشخصية . وبالتالى فهو معيار موضوعى يكشف به عن تقدير الجماعة لطبيعة المصلحة محل التنظيم وليس معياراً ذاتياً . ويخضع القاضى فى تقديره لرقابة محكمة النقض باعتباره مسألة قانونية .

من قبيل ذلك تحديد سن الرشد بإحدى وعشرون سنة م ٤٤ مدنى (١) اتصال هذا التنظيم بمصلحة أساسية فى النطاق الاقتصادى رغبة فى استقرار المعاملات يدل على انها قاعدة آمرة .

ومن قبيل ذلك فى شأن القاعدة المكملة نص م ٤٣١ مدنى (٢) على اعتبار أن صيغة التوازن التشريعى بين المصالح الخاصة غير المتصلة فى هذه الحالة بالمصالح الأساسية – الضرورية للجماعة – فى تقدير المصدر الرسمى للقاعدة القانونية (٣).

فكرة **النظام العام** تطلق للدلالة على مجموعة المصالح الضرورية جوهرية ، فى تقدير المصادر الرسمية ، فى جماعة معيّنة فى وقت معين على تنوع هذه المصالح : سياسية . اقتصادية . اجتماعية . دينية و اخلاقية(٤) من خلال تنظيمها تنظيماً معيناً يحققها فى تقدير المصدر الرسمى .

---

(١) « سن الرشد هى إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة » .

(٢) « يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشترى بالحالة التى كان عليها وقت البيع » .

(٣) انظر ايضاً م ٤٢٧ مدنى .

(٤) من قبيل ذلك من الناحية السياسية . القواعد المتصلة بالحريات العامة واختصاص السلطات والوظيفة العامة .

ومن الناحية الاقتصادية . القواعد المتصلة بالتنظيم المالى للدولة (ضرائب تنظيم النقد . التسعير الجبرى) .

ومن الناحية الاجتماعية ، القواعد الحامية للطرف الضعيف شأن الحد الأدنى للأجر والحد الأقصى لساعات العمل ، والقواعد المنظمة لعقود الاذعان والظروف الطارئة وعموماً ما يتصل بنظام الأسرة وهو ما يتصل بالأحوال الشخصية .

كما أن **فكرة الآداب العامة** تدل على ما تعتبره جماعة معيّنة فى وقت معيّن متصلاً بالأصول الأساسية للأخلاق واللازمة لحفظها وبقائها (١) وصيانتها من التحلل وهو ما يمثل الحد الأدنى الذى تحرص عليه الجماعة ولا تسمح بالنزول عنه . وهى بدورها فكرة مرنة ونسبية .

ومن الجدير بالذكر أن فكرة النظام العام فكرة نسبية تختلف من مكان لآخر ومرنة تتطوّر من زمان لآخر مستجيبة الى حاجات الجماعة (السياسية ، الاقتصادية ...) فى تطوّرها .

من أمثلة نسبية النظام العام باختلاف الجماعة : إباحة تعدد الزوجات فى بعض النظم القانونية واستنكاره فى نظم أخرى ، أو إطلاق حرية التملك فى بعض البلاد بلا حدود ووضع حد أقصى للملكية فى بلد آخر تعبيراً عن اختلاف المصالح الجوهرية .

وتعبّر مرونة النظام العام فى الجماعة الواحدة عن تغيّر المصالح الجوهرية فى الجماعة الواحدة من زمن لآخر .

فالرق كان مقبول فى الجماعة ثم أصبح مخالفاً للنظام العام فى ذات الجماعة لتعارضه مع الحرية الشخصية (٢) .

وكذا تتغيّر النظرة فى ذات المجتمع للحرية الاقتصادية بحسب ما يطرأ من أنظمة رأسمالية أو أنظمة اشتراكية (٣) .

وكذا تتغيّر النظرة فى ذات الجماعة مع تغيّر الزمن للإقراض بفائدة

= وكذا القواعد الدينية لقطعية الثبوت فيما جاءت به من أحكام تفصيلية ، شأن أحكام الميراث والزواج وفيما جاءت به من مبادئ كلية ومقاصد أساسية .

(١) وهو ما يتصل بمبادئ الأخلاق الأساسية ، شأن كل ما يتصل بحماية العرض والشرف ، والاعتبار ، ومن ثم كان بطلان الاتفاق الخاص باستغلال بيوت الدعارة أو القوادة ولزوم تفتيش الأنثى بأنثى . لكن يخرج من نطاقها قواعد الأخلاق التكميلية (مكارم الأخلاق) شأن اكرام الضيف ، الإيثار ، ورد التحية بأحسن منها .

(٢) انظر تطور الرق فى المجتمع الرومانى ، وفى الولايات المتحدة وكذا تطوره قبل الاسلام وبعده .

(٣) انظر ما سبق أن تعرضناه فى شأن أن القاعدة القانونية : قاعدة اجتماعية .

من الحل للحرمة والعكس بالعكس . وكذا الوساطة فى عقد الزواج حيث كان يعتبر مخالفاً للآداب العامة ثم اصبح غير متعارضاً معها كما تغيّرت النظرة الى الطلاق فى بعض المجتمعات الغربية من التحريم الى الإباحة المشروطة . ومن ذلك التطور الذى لحق بعقد الهتافة بين مدير المسرح ومن يستأجر للتصفيق حيث غدا مشروعاً لما فيه من تشجيع للفنانين المبتدئين بعد أن كان معتبراً مخالفاً للآداب العامة لما فيه من خداع للجمهور . ومن ذلك انه أصبح يقبل من الولد غير الشرعى رفع دعوى لإثبات نسبه بعد أن كان لا يقبل منه ذلك فى فرنسا لمخالفته للآداب العامة .

نطاق النظام العام بهذا المفهوم فى الشريعة الاسلامية يتضمن كل المصالح الساسية المنظمة بأحكام قطعية الثبوت بطريق تفصيلية أو بمبادئ كلية ، هذه المصالة المعبر عنها فى هذه الأحكام تعتبر عامة فى المكان وثابتة لا تتغيّر من حيث الزمان لتنظيمها بأحكام قطعية . لكن نطاق النظام العام فى الشريعة يتسع أيضاً لكل ما يقدره ولىّ الأمر فى زمن معيّن - تعبيراً عن ارادة الجماعة - متصلاً بالقيم الأساسية فى المجتمع وهذه يصدق عليها وصف النسبية والمرونة .

نطاق النظام العام بهذا المفهوم يتأثر ضيقاً واتساعاً بالمذهب الفلسفى السائد فى الجماعة (فردى ، أو اجتماعى) .

الفصل الثانى
تقسيم القاعدة بحسب طبيعة العلاقة القانونية
« قانون عام(*) - قانون خاص(*) »

تمهيد :

أساس هذا التقسيم أن القانون باعتباره علماً إجتماعياً فإن فاعلية ونجاح ما يأتي به من تنظيم يتوقف على قدر استجابته للتغاير والخصوصية في طبيعة العلاقة محل التنظيم ، وهي ما تتأثر بدورها بصفة أطرافها والهدف منها وهو ما يمثل سر الاختلاف بين القواعد المنظمة للعلاقات العامة عن تلك المنظمة للعلاقات الخاصة .

ولما كانت القاعدة القانونية في خطابها تتوجه تارة إلى الأشخاص الطبيعية وتارة أخرى إلى الأشخاص المعنوية(١) .

هذه الأخيرة منها ما يمارس نشاطه في نطاق السلطة العامة مستهدفاً بالدرجة الأولى المصلحة العامة وهي ما درج على تسميتها بالأشخاص الإعتبارية العامة(٢) .

ومنها ما يمارس نشاطه في نطاق لا يمس السلطة العامة ساعياً نحو تحقيق مصلحته الخاصة وهذه هي الأشخاص المعنوية الخاصة (٣) .

أمام تنوع طبيعة العلاقات والهدف الأساسي منها ، كان من الطبيعي أن

---

(١) وهي على ما سيلحق من تفصيل تلك الكيانات المعنوية التي يعترف لها القانون بالشخصية القانونية بشروط معينة .

(٢) سواء أكانت أشخاصاً معنوية إقليمية تقوم على إدارة إقليم معين ، شأن الدولة والمحافظات والمدن والقرى ، سواء أكانت أشخاصاً معنوية مرفقية تقوم على إدارة مرفق معين شأن الوزارات والمصالح التي يعترف لهم القانون بالشخصية القانونية

(٣) شأن الشركات المدنية أو التجارية والجمعيات والهيئات الدينية المعترف لها بالشخصية

(*) public

تتسم القواعد المنظمة للعلاقات القانونية العامة بطابع متميز عن تلك التي تحكم العلاقات القانونية الخاصة . سعياً وراء أكثر المعايير انضباطاً في التمييز بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص ، اختلف الفقه إلى أكثر من رأي (١) .

إلا أننا نكتفي في هذا المقام بالإشارة إلى المعيار الأكثر انضباطاً في رأينا .

المبحث الأول
المعيار المختار للتقسيم

يستند هذا المعيار إلى طبيعة العلاقة القانونية ، وفقاً لهذا المعيار: القانون العام هو الذي يحكم العلاقات المتصلة بحق السيادة في الجماعة حيث يشترك فيها شخص من أشخاص القانون العام بما له من سيادة على المستوى الدولي أو الداخلي(٢) أو حيث يتعلق الأمر بتنظيم السلطة العامة باعتبارها صاحبة سيادة سواء كانت تشريعية أو تنفيذية أو قضائية .

أما العلاقات القانونية غير المتصلة بحق السيادة أو غير المتعلقة بتنظيم السلطة العامة فيحكمها القانون الخاص حتى ولو كان أحد أطرافها شخص من أشخاص القانون العام طالما لا يظهر بوصفه وحدة سياسية أو بوصفها سلطة عامة ، كأن تبيع الدولة أرضاً مملوكة لها ملكية خاصة .

---

(١) انظر شمس الدين الوكيل – المرجع السابق ، د. حسن كيرة – المرجع السابق. وقديماً قال مونتسكيو في كتابه « روح القوانين في القرن الثامن عشر « إنه من السخف أن نحاول إخضاع القانون الذي ينظم الدولة والأمة والعالم لنفس القواعد التي تخضع لها حلولنا الخاصة » .

(٢) د. منصور مصطفى منصور ، المدخل للعلوم القانونية – ١٩٧٠ ، ص ٤٨ ، علاقة القانون العام المتصلة بحق السيادة إما أن تكون بين شخصين من أشخاص القانون العام كالعلاقة بين دولة وأخرى أو العلاقة بين سلطتين عامتين في الدولة أو بين شخص من أشخاص القانون العام باعتباره سلطة ذات سيادة وبين شخص من أشخاص القانون الخاص كعلاقة الدولة بموظفيها أو علاقة الدولة فيما تفرضه من ضرائب مع المواطنين أو علاقة الدولة بالمتهمين .

المبحث الثانى
الأهمية العملية للتقسيم

القانون العام وهو ينظم نشاط الدولة واشخاص القانون العام فى مباشرتهم لنشاطهم بما لهم من حق السيادة تحقيقاً للصالح العام كان من الطبيعى أن تتضمن قواعده إمتيازات للسلطة العامة تمكنها من تحقيق المصلحة العامة التى تستهدفها من نشاطها . ومن ثم فجميع قواعده متصلة بالنظام العام ويوافقها فى التنظيم أسلوب القاعدة الآمرة التى لا يجوز الخروج عنها أو استبعادها .

على العكس فإن قواعد القانون الخاص تسود قواعده فكرة المساواة بين أطراف العلاقة فى سعيهم لتحقيق مصالحهم الخاصة المتكافئة فى نظر القانون(١) . وهذه وإن غلّب تنظيمها بأسلوب القاعدة المكملة فإنها لا تعدم إتصالاً - فى بعض المواضع - بالنظام العام ، ومن ثم الحاجة لتنظيمها بأسلوب القاعدة الآمرة .

مظاهر هذه الامتيازات تبدو سواء فيما يتعلق بإنشاء العلاقة القانونية أو فيما يتعلق بتنظيمها أو حتى انهائها .

ففيما يتعلق بإنشاء العلاقة فبينما الأصل فى نطاق العلاقات

(١) ذلك ولقد اتسع نطاق تدخل الدولة واشخاص القانون العام عموماً فى علاقات القانون الخاص بعدم اقتصارها على وظيفة الدولة الحارسة باعتبارها سلطة ذات سيادة - الحفاظ على الأمن والصحة العامة والسكينة العامة -- وإمتداد نشاطها إلى النشاط الاقتصادى الصناعى والتجارى بغرض تحقيق الربح . فكان طبيعى وغايتها هى غاية اشخاص القانون الخاص ، أن تخضع لذات القواعد المنظمة لعلاقات اشخاص القانون الخاص التى تقوم على مبدأ المساواة والتوازن بين طرفى العلاقة بما يحقق العدالة بغير تمييز مسبق لمصلحة أحد طرفى العلاقة على مصلحة الطرف الآخر ، باعتبار استهداف كل منهما مصلحة خاصة غير جديرة فى ذاتها بالتفضيل أو التمييز .
ذلك أن تمييز اشخاص القانون العام فى قيامهم بنشاط تجارى وصناعى من شأنه من ناحية أن يقضى بالفشل على اشخاص القانون الخاص - الأصلاء ، فيما يقومون به من نشاط تنافسى ، من ناحية أخرى يضر بأشخاص القانون العام أنفسهم ، التى سوف تركن فى قيامها بنشاطها التجارى ، والصناعى للإمتيازات المقررة لها وتنعدم المنافسة بينها وبين اشخاص القانون الخاص القائمين بنشاط مماثل مما يصيبها بالتطفل ، ولنا عبرة فى التجارب الأولى للدول الاشتراكية .

الخاصة ، الحرية التعاقدية (١) نجد امتيازات تتقرر لأشخاص القانون العام باعتبارهم سلطة ذات سيادة شأن أوامر التكليف فى التخصصات التى تحتاجها الدولة وشأن نزع الملكية للمنفعة العامة.كذلك تبدو هذه الامتيازات بشأن تنظيم العلاقة القانونية العامة حيث يتاح فى العقود الإدارية للإدارة حق الغاء أو تعديل العقد وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة (٢) على خلاف مبدأ العقد شريعة المتعاقدين فى نطاق العلاقات الخاصة (٣) . وفى ذلك قضت المحكمة الادارية العليا فى الطعن رقم ٨٨٢ لسنة ١٠ق بتاريخ ٦٨/٣/٢ بأن « العقود الادارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام الذى يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة . ويترتب على ذلك أن للإدارة **سلطة الاشراف والتوجيه على تنفيذ** العقود الادارية ولها دائماً **حق تغيير** شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما قد يتراءى لها أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام دون أن يحتج الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين . كما يترتب كذلك أن للادارة **دائماً سلطة انهاء العقد** إذا قدرت أن هذا هو ما يقتضيه الصالح العام ، ولا يكون للطرف الآخر إلا الحق فى التعويضات إن كان لها

(١) مع ذلك فإن مقتضيات التوازن بين المصالح الخاصة أفسحت مجال الاستثناء على هذا المبدأ شأن الأجبار على التعاقد فى حالة التأمين الإجبارى عن المسئولية بالنسبة للسيارات.
وشأن إلزام صاحب العمل بشروط معينة بإستخدام نسبة من المعوقين المدربين بل قد يصل الإجبار إلى الزام بالتعاقد مع شخص من بين الأشخاص المرشحة شأن ما تقرره م ٢٤ عمل مصرى فى خصوص بعض الوظائف التى تخلو من الاعتبار الشخصى .
(٢) وهذا هو شأن علاقة الدولة بموظفيها حيث تتمكن بإرادتها المنفردة من تغيير التنظيم الموضوعى للوظيفة .
(٣) انظر مع ذلك فى نطاق العلاقات الخاصة - لتحقيق مقتضى العدل التوزيعى - القواعد الآمرة المساهمة فى تشكيل مضمون العقود لحماية الطرف الضعيف (فى نطاق عقد العمل - فى نطاق عقد الإيجار) .
انظر السلطة المقررة للقاضى لاعادة التوازن للعقد وتعديل شروطه فى حالة عقد الاذعان أو الظروف الطارئة

وجه حق ، وذلك كله على خلاف الأصل فى العقود المدنية التى لا يجوز للطرف الآخر أن يستقل بتعديل شروطها أو فسخها أو انهائها دون ارادة الطرف الآخر » (١) .

فمقتضى حق **الادارة فى الاشراف والتوجيه** ، تمكنها بوصفها سلطة عامة من اصدار أوامر ملزمة للمتعاقد معها لتنفيذ التزاماته على نحو معيّن أو آخر . وهذا الحق تملكه الادارة ولو لم ينص عليه فى العقد ، كما انها لا تستطيع التنازل عنه مقدماً لاتصاله بمسئوليتها عن إدارة المرفق العام . ذلك على أن تتولى الادارة الحق فى الاشراف والتوجيه بما يقتضيه صالح المرفق العام وعلى ألا يتخذ ستاراً لتعديل العقد . **كما أن للإدارة الطرف فى التعاقد** باعتبارها إنما أبرمت العقد تحقيقاً لمصلحة المرفق العام أن تقوم بارادتها المنفردة **بتعديل شروط العقد وطريقة** تنفيذه ولو ترتب على ذلك زيادة التزامات المتعاقد معها وذلك لتتمكن من ضمان تحقيق المرفق للمصلحة العامة على ضوء الظروف المتغيّرة ، التى ما أبرم العقد إلا لمقتضيات سير المرفق وتحقيقاً لمصلحته . ومن ثم فهى تملك الحق فى التعديل بما يوائم هذه الضرورة ويحقق تلك المصلحة . وهو كذلك حق أصيل لا يحتاج لنص فى العقد ولا يصح التنازل عنه (٢) .

(١) مشار اليه فى د. محمد فؤاد عبد الباسط - أعمال السلطة الإدارية ط ١٩٨٩ مكتبة الهداية .

(٢) إلا أن هذا الحق فى التعديل ليس بالحق المطلق بل محكوم **بالضوابط الآتية** :
- أن تجدّ ظروف بعد ابرام العقد تبرر التعديل - محكمة قضاء إدارى ٢٢/٣/٧٠ .
- إعماله يقتصر على شروط العقد المتعلقة بسير المرفق وحاجات ومقتضيات أى يرتبط بحكمة وجوده ، ولا تملك الادارة تعديل المزايا المالية المتفق عليها فى العقد للمتعاقد معها .
- إذا وجد فى العقد نص يحدد مقدار الأعباء الزائدة التى يمكن للإدارة أن تفرضها على المتعاقد معها بنسبة مئوية معيّنة ، فيتعيّن احترام هذا النص ، فإذا لم يوجد نص ، قدر القاضى فى كل حالة حد المعقولية ، ولقد تضمنت لائحة المناقصات والمزايدات نصاً يخوّل للإدارة الحق فى تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو النقص فى حدود ١٥ ٪ فى عقود التوريد و ٣٠ ٪ فى عقود الأغذية و ٢٥ ٪ فى **عقود الأعمال بذات الشروط والأسعار دون أن يكون للمتعاقد مع الادارة الحق فى المطالبة بأى تعويض عن ذلك**

كما أنه ضماناً لسير المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة يمتنع الاضراب على الموظف العام على عكس الحال فى نطاق العلاقات الخاصة (م ١٢٤ ع)(١) .

كذلك تبدو هذه الامتيازات فى شأن انهاء العلاقة القانونية فبينما الأصل فى نطاق العلاقات الخاصة غير محددة المدة إمكانية إنهائها بالإرادة المنفردة لطرفيها مع احترام مهلة الأخطار وبغير تعسف (٢) ، فإن الدولة فى نطاق العلاقة العامة شأن الوظيفة العامة تقيد حرية الموظف فى الاستقالة (م ٩٧ ، ٩٨ من قانون العاملين المدنيين بالدولة) « لا تنتهى خدمة العامل إلا بالقرار الصادر بقبول الاستقالة ويجب البت فى طلب الاستقالة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديمه وإلا اعتبرت الاستقالة مقبولة بحكم القانون ... ويجوز خلال هذه المدة ارجاء قبول الاستقالة لأسباب تتعلق بمصلحة العمل مع اخطار العامل على ألا تزيد مدة الارجاء على أسبوعين بالاضافة الى مدة الثلاثين يوماً السابقة ... ويجب على العامل أن يستمر فى عمله الى أن يبلغ اليه قرار قبول الاستقالة أو الى أن ينقضى الميعاد المنصوص عليه فى الفقرة الثالثة » .

ومن أهم إمتيازات السلطة العامة (*):

الحق فى التنفيذ الإدارى المباشر دون الالتجاء للقضاء والاستيلاء المؤقت ونزع الملكية للمنفعة العامة .

- إذا ترتب على التعديل إخلال بالتوازن المالى للعقد بما يرهق المتعاقد معها ، فإن له الحق فى طلب التعويض الذى يعيد لاقتصاديات العقد توازنها . انظر فى ذلك د. محمد فؤاد عبد الباسط المرجع السابق .

(١) م ١٢٤ ع : « إذا ترك ثلاثة على الأقل من الموظفين أو المستخدمين العموميين عملهم ولو فى صورة الاستقالة أو امتنعوا عمداً عن تأدية واجب من واجبات وظيفتهم متفقين على ذلك أو مبتغين غرض مشترك [illegible] منهم ... وكل موظف أو مستخدم عمومى ترك عمله أو امتنع عن عمل من أعمال وظيفته بقصد عرقلة سير العمل أو الاخلال بانتظامه يعاقب ... » .
[illegible] ع ، م ١٢٤ ب ع ، م ٣٧٤ ع] « يحظر على المستخدمين والأجراء الذين يقومون بخدمة عامة ... أن يتركوا عملهم أو يمتنعوا عنه عمداً ... » .

(٢) أنظر الاتجاه الحديث فى بعض القوانين نحو فرض قيود إجرائية وموضوعية على الحق فى انهاء عقد العمل غير المحدد المدة .

ثم إن الأموال العامة باعتبارها مخصصة لتحقيق النفع العام فإنها تختص بقواعد حمائية تختلف عن النظام القانوني للأموال الخاصة . فلا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم (١).

في النهاية فإن الصالح العام المستهدف من علاقة القانون العام يفسر أن كل قواعد العام قواعد آمرة على خلاف قواعد القانون الخاص التي تتنوع بين الآمرة والمكملة .

وكان من نتائج هذا الازدواج القانوني مقابلته بازدواج قضائي ، بحيث تختص جهة القضاء العادي بنظر المنازعات في نطاق علاقات القانون الخاص بينما تختص جهة القضاء الإداري– مجلس الدولة – بنظر المنازعات الإدارية .

المبحث الثالث

مدى التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص

هذا التقسيم غير مطلق من ناحية ، وغير محكم من ناحية أخرى . فأما عن كونه غير مطلق : فيتضح من كونه غير معلوم في جميع الأنظمة القانونية شأن النظام الأنجلوسكسوني (٢) . وأما عن كونه غير محكم ، فيتضح من أن هناك بعض فروع القانون تستعصى على التقسيم وتتسم بطبيعة مختلطة .

---

(١) انظر مع ذلك الاتجاه الحديث نحو حماية الأموال الخاصة للدولة بنظام قريب من حماية أموالها العامة . انظر م ٩٧٠ مدني « ولا يجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة وكذلك أموال الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة أو الهيئات العامة وشركات القطاع العام غير التابعة لأيهما والأوقاف الخيرية أو كسب أي حق عيني على هذه الأموال بالتقادم . لا يجوز التعدي على الأموال المشار إليها بالفقرة السابقة وفي حالة حصول التعدي يكون للوزير المختص ازالته إداريا » .

(٢) حيث لا يعرف هذا التمييز على اعتبار أنه – لدى هذا الاتجاه – لا يوجد في العلاقات القانونية ما يميزها بعضها عن بعض أيا كان أطرافها أو الغرض منها . فهي من طبيعة واحدة فيكتفي في شأنها بقواعد موحدة مع إفساح المجال للاستثناءات عند اللزوم .

المبحث الرابع

تصنيف فروع القانون

يمكن تصنيف فروع القانون الى مجموعات ثلاث :

مطلب أول : فروع القانون العام .

مطلب ثان : فروع القانون الخاص .

مطلب ثالث : فروع القانون المختلطة .

المطلب الأول

فروع القانون العام

القانون العام ينقسم إلى قانون عام خارجي وقانون عام داخلي بحسب ما إذا كانت السلطة ذات السيادة تدخل في علاقات خارجية (١) أو داخلية (٢).

أولاً : القانون العام الخارجي – القانون الدولي العام :

هو ذلك الذي ينظم العلاقة بين أشخاص المجتمع الدولي فينظم علاقة الدول بعضها ببعض في زمن السلم والحرب . كما أنه ينظم علاقات المنظمات الدولية ببعضها وفيما بين الدول .

هذا القانون يجد المصدر الأساسي لقواعده في الاتفاقيات الدولية (ثنائية – جماعية) وفي العرف الدولي .

ثانيا : القانون العام الداخلي :

يقصد به مجموعة القواعد المنظمة للعلاقات المتصلة بحق السيادة في الجماعة داخلياً وينسم القانون الداخلي بصفة إقليمية فلا يطبق أساساً على غير إقليم الدولة التي وضعته ، ويندرج تحته فروع مختلفة تبعاً لاختلاف الموضوعات محل التنظيم :

---

(١) خارج إقليم الدولة .
(٢) داخل إقليم الدولة

١ – القانون الدستورى : «Constitutional law»

قواعده تنظم الشكل السياسى للدولة فيما إذا كانت بسيطة (١) أم مركبة(٢) ، كما تبيِّن شكل الحكم فيها : جمهورى أو ملكى .

---

(٢) الدولة البسيطة هى التى تنفرد بإدارة شئونها الداخلية والخارجية هيئة واحدة ، وأغلب دول العالم يندرج تحت هذا التقسيم .

(٣) تتكون من إجتماع أكثر من دولة أو ولاية قائمة بذاتها تحت سلطة حكومة مشتركة أو تحت حكم رئيس أعلا واحد ، وتشمل هذه الدول ثلاث فئات :

دول إتحاد شخصى : حيث تجتمع دولتين تحت عرش واحد مع احتفاظ كل منهما بإستقلالها الداخلى والخارجى ، والرابطة التى يقوم عليها هذا الاتحاد هى وحدة الأسرة المالكة ، فإن اختلف النظامان وعمدت احدى الدولتين إلى تغيير شكل الحكم فيها انفضت الرابطة بينهما ، كما هو الحال لفترة من الوقت بين انجلترا وهانوفر من ١٧١٤ الى ١٨٣٧) والذى انتهى عندما آل العرش البريطانى الى الملكة فيكتوريا التى استحال عليها ارتقاء عرش هانوفر بالنظر لعدم جواز ارتقاء الاناث للعرش فى حالة وجود ذكور فى الأسرة المالكة وفقاً لدستور هانوفر .

دول إتحاد فعلى : يتكون من إتحاد دولتين تحت حكم رئيس واحد بحيث تكون لها سياسة خارجية موحدة واستقلال ذاتى يتعلق بإدارة شئونها الداخلية مما يجعل الاتحاد الفعلى دولة مركبة تتمتع بالشخصية القانونية الدولية ، كما كان الأمر لفترة من الزمن بين السويد والنرويج من ١٨١٥ حتى ١٩٠٥ .

دول إتحاد تعاهدى : يتكون الإتحاد التعاهدى من إحدى صورتين دول متعاهدة ودولة تعاهدية .

الدول المتعاهدة : وفيه تحتفظ كل من الدول الأعضاء فى الإتحاد بكامل سيادتها الداخلية والخارجية ، وتتكون هيئة مشتركة تضم ممثلين لهذه الدول للتشاور فى السياسة العامة للإتحاد بغير أن تعتبر هذه الهيئة حكومة عليا ودون أن يكون لها أى سلطة على رعايا الدول المكونة للإتحاد أضف إلى أن قرارات هذه الهيئة غير ملزمة إلا إذا وافق عليها الأعضاء بالإجماع ، كما هو الحال لفترة من الزمن لجمهوريات أمريكا الوسطى (هندوراس . ميكاراجوا . سلفادور . جواتيمالا . كوستاريكا) من ١٨٩٦ حتى ١٨٩٨ وكذا الاتحاد الهاشمى بين العراق والأردن فى فبراير سنة ١٩٥٨ حتى يوليو سنة ١٩٥٨ ، واتحاد الدول العربية المتحدة الذى ضم الجمهورية العربية المتحدة والمملكة المتوكلية اليمنية من مارس ١٩٥٨ حتى ١٩٦١ – اتحاد الجمهوريات العربية ما بين مصر وسوريا وليبيا فى ١٩٧١ والاتحاد المعروف باسم « جماعة الدول المستقلة الذى أنشئ تحت زعامة روسيا الاتحادية فى ٢١ /١٢/ ٩١ حيث ضم فى عضويته ١١ جمهورية من الجمهوريات المكونة للاتحاد السوفيتى السابق .

الدولة التعاهدية : وفيه تتنازل الدول الداخلة فى الإتحاد عن كل سيادتها الخارجية –

وتحدد السلطات العامة فيها : تشريعية ، تنفيذية ، قضائية ، وتوزع الاختصاصات فيما بينها وعلاقاتها ببعضها ، كما تنظم قواعده حرية المحكومين وحقوقهم قبل الدولة ، وواجباتهم تجاهها ، كما تبيِّن قواعده المقومات الأساسية للمجتمع : إجتماعية – اقتصادية – أخلاقية – سياسية . والدستور على هذا النحو يتضمن الأسس التى يقوم عليها التنظيم القانونى للدولة وهو من حيث المرتبة يحتل قمة التنظيم القانونى بما لا يصح مخالفته أو معارضته من القوانين الأقل منه فى المرتبة .

ولقد سبق أن أشرنا الى تشكيك البعض في الصفة القانونية لقواعد القانون الدستورى قولاً منهم بإفتقاره للجزاء المادى واقتصاره على الجزاء الأدبى إذ لا يتصور أن الدولة وهى التى تملك سلطة الجزاء والاجبار أن تخضع له إن خالفت قواعد ذلك القانون .

ولقد بيّنا عدم مصادفة هذا الرأى لوجه الحقيقة من ناحية لسيادة «**مبدأ المشروعية**» فى الدول الديموقراطية فى أعقاب مراحل طويلة من كفاح الشعوب ضد الحكم المطلق للسلطة ، مقتضى هذا المبدأ على ما جاء من م ٣ من دستور ١٩٧١ لمصر « السيادة **للشعب** وحده ، وهو **مصدر السلطات** ، ويمارس الشعب هذه السيادة ويحميها ، ويصون الوحدة الوطنية على الوجه المبيَّن فى الدستور . وبعد أن كان **الفقه** يقصد اصطلاح «سيادة القانون» على معنى خضوع السلطة التنفيذية للقانون كتعبير عن فكرة سياسية مؤداها وضع الجهاز التنفيذى فى مركز أدنى من الجهاز التشريعى ، فإنه سرعان ما تبيّن ضيق نطاق عجناً سيادة القانون إذا

وعن بعض سيادتها الداخلية إلى الهيئة المركزية التى ينشئها التعاهد ، وتعتبر هذه الهيئة حكومة بالمعنى الصحيح مستقلة عن حكومة الدول الأعضاء مسيطرة عليها وعلى رعاياها ، ولها وحدها الاختصاص بالشئون الخارجية نيابة عن مجموع الدول الأعضاء وبالتالى تعتبر شخصاً دولياً قائماً بذاته تندمج فيه شخصية الدول الأعضاء . بل وتمارس جزء من السيادة الداخلية ولها من القوة المركزية ما يكفل لها تنفيذ ما تصدره من قوانين وقرارات . ولهذه الدولة التعاهدية دستور عام مشترك ينظم علاقاتها فيما بينها وعلاقاتها بالحكومة التعاهدية ومدى اختصاصات كل منها ، من أمثلة هذا الاتحاد السويسرى ، الولايات المتحدة ، الجمهورية العربية المتحدة لفترة من الزمن .

ما فهم على هذا النحو من **ناحية** لحصره إخضاع السلطة التنفيذية وحدها للقانون . ومن **ناحية أخرى** قصر وظيفته على حماية الحقوق والحريات في النطاق الذي يتناوله التشريع بالتنظيم .

فكان أن وسع من هذا الاصطلاح ليشمل خضوع الدولة بكل من فيها من سلطات ومحكومين للقانون ، بحيث يكون المقصود اننا لسنا أمام قانون الدولة التي تملك أن تتحلل منه متى شاءت ولكننا **أمام دولة القانون** التي تخضع له وتتقيد به في جميع سلطاتها وهو ما تأيد بوثيقة اعلان الدستور المصري لسنة ٧١ من أن « سيادة القانون ليست ضماناً مطلوباً لحرية الفرد فحسب لكنها الأساس الوحيد لمشروعية السلطة في نفس الوقت » وما قررته م ٦٤ من ذات الدستور « سيادة القانون أساس الحكم في الدولة » م ٦٥ « تخضع الدولة **للقانون** واستقلال القضاء وحصانته ضمانان أساسيان لحماية الحقوق والحريات » بحيث يفهم القانون **بالمعنى الواسع** بحيث لا ينحصر في التشريعات التي تصدرها السلطة التشريعية بحيث يمتد ليشمل الأعراف والمبادئ القانونية العامة في الحدود التي تعتبر فيها مصدراً رسمياً للنظام القانوني للدولة .

ويقوم مبدأ سيادة القانون أو مبدأ المشروعية فهوماً على النحو السابق على **الأسس الآتية** :

- استقلال **وحصانة القضاء** (م ٦٥ – ١٦٥ – ١٦٦ – ١٦٨ – ١٧٢ – ١٧٤ – ١٧٥ من الدستور .
- كفالة حق **التقاضي** لكافة المواطنين « م ١/٦٨ من الدستور « التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة ولكل مواطن حق الالتجاء الى قاضيه الطبيعي ....» .
- حظر **تحصين** اى عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء استناداً المادة ٢/٦٨ من الدستور .
- كفالة **حق الدفاع** أصالة أو بالوكالة وتأمين وسائل الالتجاء الى القضاء والدفاع عن حقوق غير القادرين مالياً طبقاً للمادة ٦٩ من الدستور(١).

(١) د. سامي جمال الدين الرقابة على أعمال الادارة منشأة المعارف ٨٢ ، د. حسن كيره المدخل الي القانون ط ٦ ١٩٩٦ .

من ناحية أخرى لأن الراى السابق يحصر نفسه في تصوره للجزاء في صورة **مادية واحدة** ، دون أن يلتفت الى امكانية تشكيله في صور مختلفة بحسب طبيعة العلاقة محل التنظيم . فالجزاء في القانون الدستوري يتمثل في الرقابة المتبادلة المقررة بين السلطات العامة (١) .

٢ – القانون الإداري : « Administrative Law »

تبيّن قواعدة كيفية أداء السلطة التنفيذية لوظيفتها الإدارية(٢) . أى إدارة

(١) أنظر م ٨٥ من الدستور في بيان نظام محاكمة رئيس الجمهوري ، انظر واجبات الوزير – م ١٥٨ – وحق رئيس الجمهورية ومجلس الشعب في احالة الوزير للمحاكمة (١٥٩ – ١٦٠) ، أنظر اسقاط العضوية عن عضو مجلس الشعب م ٩٦ ، م ٩٩ ، حق رئيس الجمهورية في الاعتراض على القوانين (١١٢) ، حق اعضاء مجلس الشعب في توجيه أسئلة واستجوابات م ١٢٤ ، ١٢٥ ، والمسئولية الوزارية م ١٢٦ – ١٢٧ وسحب الثقة من الوزارة م ١٢٨ ، الحق في تقصي الحقائق في نشاط المصالح الادارية م ١٣١ ، حق رئيس الجمهورية في حل مجلس الشعب ١٢٧ ، ١٣٦ ، مسئولية الوزراء امام رئيس الجمهورية م ١٣٨ .

(٢) حيث تباشر السلطة التنفيذية وظيفتها الحكومية فإنها تخرج عن نطاق القانون الإداري وتدخل في نطاق القانون الدستوري وتسمي أعمالها عندئذ بأعمال السيادة التي تخرج عن رقابة القضاء لأعمالها الإدارية الذي يراقب مدى إلتزام الإدارة بالقانون وتخضع في شأنها للرقابة السياسية ، وأعمال السيادة هي تلك التي تصدر من السلطة التنفيذية باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة.

ولقد قضت المحكمة الدستورية في ٢١/١/٨٤ في بيان أعمال السيادة وحدودها «استقر القضاء والفقه على استبعاد أعمال السيادة من مجال الرقابة القضائية على أساس أن طبيعتها تأبى أن تكون محلاً لدعوي قضائية ، وهو ما اقره الشرع بالقانون ٤٦ لسنة ٧٢ (قانون السلطة القضائية) وقانون مجلس الدولة (٤٧ لسنة ٧٢) من استبعاد أعمال السيادة من ولاية القضاء العادي والاداري ، وذلك تحقيقاً للاعتبارات السياسية التي تقتضي بسبب طبيعة هذه الأعمال واتصالها بنظام الدولة السياسي اتصالاً وثيقاً او بسيادتها في الداخل والخارج - النأي بها عن نطاق الرقابة القضائية . وذلك لدواعي الحفاظ على كيان الدولة في الداخل والزود عن سيادتها في الخارج ورعاية مصالحها العليا .... والعبرة في تكييفها هو بطبيعة هذه الأعمال ذاتها ، التي يجمعها إطار عام هو أن تصدر عن السياسة العليا للدولة بما لها من سلطة عليا وسيادة في الداخل والخارج ، مستهدفة تحقيق مصلحة الجماعة السياسية كلها مع احترام الحقوق التي كفلها الدستور وتنظيم علاقاتها الخارجية بينها وبين الدول الأخرى وتأمين =

المرافق والهيئات التى تقوم على خدمة المواطنين (١)، وكيفيه إدارة السلطة التنفيذية للمرفق العام: إدارة مباشرة، إدارة غير مباشرة، الإدارة عن طريق منح امتياز بالاستغلال. كما تنظم قواعد القانون الإدارى الوظيفة العامة والأموال العامة.

كما تنظم قواعده طريقة الرقابة على أعمال الإدارة ومدى التزامها بالقانون. ولا تقف الأنظمة القانونية فى اختيار جهة الرقابة على أعمال الادارة، موقفاً واحداً فمنها ما يعهد بهذه المهمة للقضاء العادى كما هو الشان

= سلامتها فى الداخل والدفاع عن اقليمها ضد الاعتداء الخارجي. والمرد فى ذلك الى السلطة التقديرية للقضاء وحده». فى نفس المعنى دستورية عليا فى ٨٣/٦/٢٥ لقضية ٢ لسنة واحد ق جـ ٢ ص ١٥٥، محكمة عليا ٧٦/٤/٣ فى الدعوى رقم ٥ لسنة ٥ق جـ ١ ص ٤٤٤، محكمة عليا فى ٧١/١١/٦ فى الدعوى رقم ٢ لسنة ١ق جـ ١ ص ٣٠ حيث أشار هذا الحكم الى انه بعد أن نهج المشرع فى القانون ١١٢ لسنة ٤٦ بانشاء مجلس الدولة سبيل تحديد أعمال السيادة بالتمثيل لها فى م ٦ «لا تقبل الطلبات المقدمة عن القرارات المتعلقة بالأعمال المنظمة لعلاقات الحكومة بمجلسى البرلمان وعن التدابير الخاصة بالأمن الداخلي والخارجي للدولة وعن العلاقات السياسية والمسائل الخاصة بالأعمال الحربية وعلى العموم سائر الطلبات المتعلقة بعمل من أعمال السيادة»، فانه عدل عنه الى ترك تحديد مضمون أعمال السيادة للسلطة التقديرية القضائية (قانون ١٦٥ لسنة ١٩٥٥) وفقاً للمعيار المرن المستمد من طبيعة العمل ذاته واتصاله بوظيفة الحكم، لا بالوظيفة الإدارية للسلطة التنفيذية. ومن أهم ما استقر القضاء والفقه على اعتباره من أعمال السيادة: **الأعمال التى تنظم علاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية** شأن القرار بدعوة الناخبين لانتخاب أعضاء البرلمان وقرار رئيس الجمهورية بدعوة البرلمان للانعقاد، وفض دورته وحل المجلس نفسه.

وكذلك الأعمال المتعلقة بعلاقة الدولة بغيرها من الحكومة والهيئات الأجنبية، وهى ما يندرج تحتها جميع الأعمال المتعلقة بسير مرفق التمثيل الدبلوماسى (انشاء أو قطع علاقة دبلوماسية، قرار بالمقاطعة، التعليمات الصادرة بممثليها الدبلوماسيين فى الخارج).

وكذلك الأعمال المتعلقة بالحرب والعمليات الحربية شأن قرار الحرب وقف القتال.

بعض الأعمال المتعلقة بالأمن الداخلي حيث تكون ذات طبيعة سياسية للمحافظة على كيانها ومصالحها العليا الأساسية شأن القرار باعلان حالة الطوارئ.

(١) **وزارة التعليم على مرافق التعليم، وزارة المواصلات على مرافق المواصلات.**

فى دول النظام الأنجلوسكسونى التى تعرف نظام القضاء الموحد الذى يفصل فى جميع المنازعات ولو كانت الادارة طرفاً فيها.

ومنها ما يأخذ بنظام ازدواج القضاء، اللاتيني، فيعهد للقضاء العادى بنظر منازعات القانون الخاص وللقضاء الادارى بنظر المنازعات الادارية، ومن ثم رقابة احترام الادارة للقانون. وفى مصر كانت المحاكم العادية هى التى تفصل فى جميع المنازعات الى عام ١٩٤٦ حيث انشيء مجلس الدولة وعهد اليه دون غيره بنظر المنازعات الادارية. ويدين القانون الادارى فى ارساء مبادئه الأساسية الى أحكام القضاء العادى فيما قبل انشاء مجلس الدولة (١٩٤٦). ولمحاكم هذا المجلس بعد ذلك مستلهماً مقتضيات المصلحة العامة وضرورات تسيير المرفق العام سواء ظلت فى نطاق المبادئ القانونية العامة سواء قننها التشريع بعد ذلك(١).

(١) فمن قديم قضت محكمة **الاسكندرية** المختلطة فى ٢٨/١٢/٢٩ فى قضية شركة ترام الرمل بالاسكندرية بأن «القانون الادارى يوجد فى كل دولة متحضرة بمجرد أن يوجد بها نظام **للمرافق العامة** وما يستوجبه من علاقات قانونية بصدد تكوين هذه المرافق وتسييرها والشعور بالطبيعة الخاصة لهذه العلاقات. وقضى فى ٢٧/١/٢٠ بأن علاقة الموظف بالحكومة ليست علاقة تعاقدية عادية تخضع لقواعد اجارة الأشخاص المقررة فى القانون المدنى ولكن الموظف فى علاقته بالحكومة يعتبر فى مركز قانونى يحدده القانون العام. واقر للإدارة بحق التنفيذ المباشر وحقها فى تضييق حريات الأفراد فى حالة الضرورة محافظة على المصالح العام. ثم نص فى الدستور الأول لمصر فى عام ١٩٢٣ (م ٤٤) اشارة الى حق السلطة التنفيذية ممثلة فى الملك تنظيم وترتيب المصالح العامة وتنظيم شئون الموظفين وكذا مبدأ دوام سير المرفق العام الذى اقره مجلس الدولة الفرنسى – دون استناد لنص تشريعى، فى سنة ١٩٠٩ فى قضية winckel بحيث اجاز للادارة الغاء حقوق المستغل إذا هو اهمل أو ترك استغلال المرفق العام. كما يرجع الفضل للقضاء الادارى فى تبنى نظرية الظروف الطارئة فى العقود الادارية بوجه عام وفى عقود الامتياز بوجه خاص فيما عرف بقضية «غاز بوردو» لمواجهة الظروف الطارئة التى تخل بالتوازن الاقتصادى للعقد وتجعل تنفيذ العقد مرهقاً للمدين مهدداً إياه بخسارة فادحة، فى حكم لمجلس الدولة الفرنسى فى ١٩١٦/٦/٣٠ **حيث ارتبطت شركة الغاز فى مدينة بوردو بتوريد الغاز بسعر ٢٨ فرنك للطن فى ١٩١٣ الذى ما لبث أن ارتفع عقب نشوب الحرب العالمية الأولى الى ٧٢ فرنك فى ١٩١٥.**

ذلك ولقد تتابعت التشريعات المنظمة لمختلف أعمال الإدارة شأن قانون مجلس الدولة (١٩٧٢/٤٧) . وقانون نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة والتحسين (١٩٥٤/٥٧٧ ، ١٩٩٠/١٠) . وقانون العاملين المدنيين بالدولة (١٩٧٨/٤٧) . مجموعات التشريعات الصحية والوقائية .

وإذا كانت المبادئ القانونية القضائية فى نطاق القانون الإدارى ذات وزن نسبى عام ، فإن هذا لا يمنع أنها من حيث الترتيب والدرجة بين المصادر الرسمية تحتل مرتبة تالية بعد التشريع والعرف (١) على ما جاء فى م ١ على القانون المدنى من ترتيب المصادر الرسمية .

على أن يكون مفهوماً أن القضاء فى استنباطه لهذه المبادئ القانونية لا يكون مقيداً بالمبادئ القانونية المدنية كما هو شأن القاضى المدنى . وفى ذلك ورد بمذكرة لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ فى تقريرها عن مشروع القانون المدنى « ... إن هذا القانون (المدنى) هو موطن القواعد الكلية المنظمة لروابط الأفراد وسائر المخاطبين بأحكام القانون الخاص، بل يأخذ منها ويعدل فيها أو يتبع ما يتفق وضرورة سير المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة ، متفقاً مع المبادئ الدستورية العامة والأسس التى يقوم عليها النظام الادارى فى الدولة . وفى بيان أهمية دور القضاء فى ابتداع المبادئ القانونية فى نطاق القانون الادارى ورد فى المذكرة الايضاحية لقانون مجلس الدولة رقم ١٩٥٥/١٦٥ « يتميز القضاء الادارى بأنه ليس مجرد قضاء تطبيقى كالقضاء المدنى بل هو فى الأغلب قضاء انشائى يبتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية التى تنشأ بين الإدارة فى تسييرها للمرافق العامة وبين الأفراد » .

٣- القانون المالى : « Finacial law »

تنظم قواعده مالية الدولة - مواردها (٢) ونفقاتها - وكيفية إعداد موازنتها السنوية وتنفيذها والرقابة على التنفيذ .

---

(١) ويقصد به السنة التى جرت عليها السلطة الادارية فى مباشرة اختصاصاتها الادارية . حيث قضت محكمة القضاء الادارى فى ١٩٥٠/٥/٤ بأن « المخالفة القانونية ليست مقصورة على مخالفة نص فى قانون او لائحة بل هى تشمل مخالفة كل قاعدة جرت عليها الادارة والتزمتها واتخذتها منهجاً لها » .

(٢) ضرائب - رسوم - قروض - وكيفية فرضها وتحصيلها .

والقانون المالى يعتبر فرعاً للقانون الادارى باعتباره ينظم النشاط المالى للإدارة بوصفها سلطة عامة ، ولكنه سار للاستقلال بنفسه كقانون له ذاتيته . خاصة بعد أن استردت مصر بمقتضى اتفاقية مونترو سنة ١٩٣٧ سلطانها فى فرض الضرائب المباشرة على الأجانب والمصريين جميعاً . فكان أن صدر القانون ١٤ لسنة ٣٩ بفرض ضريبة على ايرادات رؤوس الأموال المنقولة وعلى الأرباح الصناعية وكسب العمل . ورقم ١٤١ لسنة ١٩٤٤ ضريبة على الشركات ورقم ٩٩ لسنة٤٩ ضريبة على الايراد العام وأخيراً القانون ١٥٧ لسنة ٨١ قانون الضرائب على الدخل .

٤- القانون الجنائى : « Criminal law »

هو الذى ينظم نطاق ومضمون حق الدولة فى العقاب من خلال قواعده الموضوعية التى تواضع على تسميتها بقانون العقوبات . سواء فى قسمه العام الذى ينظم أحكام الجريمة - صور الفعل أو الامتناع الجرم - والعقوبة . مبيناً تدرج الجرائم من حيث جسامتها (جناية - جنحة - مخالفة) وأنواع ودرجات العقوبة ، والشروع فى الجريمة والاشتراك فيها وأسباب الإباحة وموانع العقاب والعفو عن العقوبة . سواء فى قسمه الخاص مبيناً القواعد الخاصة بكل جريمة على حدة أركاناً وعقوبة ، سواء كانت من الجرائم المضرة بالمصلحة العامة أو بآحاد الناس .

ومن خلال قواعده الاجرائية التى تبيّن اجراءات المطالبة القضائية بالحق فى العقاب ابتداء من أجراءات الضبط والتحقيق والمحاكمة وتنفيذ العقوبة وهو ما درج على تسميته بقانون « الاجراءات الجنائية » .

ولقد إختُلِفَ فى تحديد طبيعة القانون الجنائى ؛ فذهب رأى الى انه ذو طبيعة مُختلطة . فهو من جهة دفاعه عن القيم الأساسية للمجتمع يعتبر فرعاً من فروع القانون العام ، ومن جهة ان الحق المعتَدى عليه فى اغلب الجرائم هو حق خاص للأفراد وبالنظر الى انه لا يجوز فى بعض الجرائم تحريك الدعوى العمومية إلا بناء على شكوى من المجنى عليه لاعتبارات ملائمة يراها (م ٣ أ. ج ، ١٨٥ = ٢٧٤ - ٢٧٧ - ٢٧٩ - ٢٩٢-١٩٢

-٢٠٣-٣٠٦-٣٠٧-٣٠٨ع - ٣١٢ع-١١٠أ.ج) كما ينظم القانون حالات تحريك المجنى عليه للدعوى الجنائية بطريق الادعاء المباشر (م ٢٧ - ٢٨-٧٦-٢٥١ - ٢٦٧ أ.ج .

وكذا يسمح القانون في بعض الحالات للمجنى عليه بوقف تنفيذ العقوبة شأن ما تجيزه م ٢٧٤ ع لزوج المرأة الزانية بوقف تنفيذ الحكم بعقوبتها .

إلا ان **الرأى الراجح** هو طبيعته العامة بالنظر الى ان الحق الذى تهدره الجريمة هو حق عام بطريقة غير مباشرة باعتبار مصلحة المجتمع في حماية مقوماته الأساسية(١) . وآية ذلك ظهور الدولة كسلطة ذات سيادة فى شأن التجريم وتقرير العقاب . أو فى شأن المتابعة القضائية وتنفيذ العقوبة . فالدعوى الجنائية ترفع بإسم الجماعة ويوقع العقاب بإسم الدولة ولم يعد الحق فى العقاب حقاً فردياً خاصاً - عدالة خاصة - سوء فى تقديرها سواء فى تنفيذها .

المطلب الثانى

« The branches of private law »

فروع القانون الخاص

القانون الخاص يضم مجموعة القواعد التى تنظم العلاقات غير المتصلة بحق السيادة سواء كانت علاقات بين اشخاص القانون الخاص او بين اشخاص القانون الخاص واشخاص القانون العام طالما ان هذه الأخيرة لا تتدخل باعتبارها صاحبة سيادة .

ويعد القانون المدنى الشريعة العامة للقانون الخاص الذى تفرعت عنه فروعاً أخرى لتحكم علاقات ظهرت الحاجة إلى تنظيمها بقواعد خاصة بها شأن القانون التجارى والبحرى والجوى والعمل والزراعى.

(١) ورضاء المجنى عليه كسبب للإباحة فى بعض الجرائم كالإتلاف وقتل الحيوانات ينحصر فى الحالات التى يكون فيها المحل محل الاعتداء مما يملك صاحبه التصرف فيه ابتداء وبالتالى فإن رضاءه يخلى من الفعل وصف الاعتداء على الحق .

أولاً : القانون المدنى : « Civil law »

قواعده تحكم من ناحية جميع علاقات القانون الخاص دون نظر لاختلاف مهن أو طوائف أفرادها - الغير منظمة بقانون خاص سواء كانت متصلة بالأحوال الشخصية (١) فيما يتصل بتحديد الشخصية القانونية وبدايتها ونهايتها وخصائصها من اسم وموطن وتنظيم الأهلية .

سواء كانت متصلة بالأحوال المالية فى خصوص كل ما يتعلق بنشاط الشخص بالنسبة إلى الأموال وأنواعها وطرق كسبها وانقضائها . كما ينظم مختلف العلاقات كالبيع . والقرض . والوكالة... ويحكم من ناحية أخرى العلاقات الخاصة التى لها قانون خاص (تجارى - عمل) فيما ليس فيه نص خاص وفيما لا يتعارض مع مجموع قواعد هذا الفرع . وترجع تسميته القانون المدنى الى القانون الرومانى الذى كان يقابل بين قانون المدينة الذى يحكم مواطنى مدينة روما jus civile وبين قانون الشعوب jus commune الذى يحكم علاقات الرومان بالأجانب فى الامبراطورية الرومانية(٢).

(١) إلا انه لأسباب بعضها تاريخى وبعضها يتصل بالسياسة التشريعية لم ينظم القانون المدنى المصرى رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ ، ليطبق اعتباراً من ١٥/١٠/١٩٤٩ مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بروابط الأسرة من زواج وطلاق وميراث وغيرها التى تحكمها الشرائع الدينية والقوانين الخاصة الصادرة بشأنها . إذ قبل وضع التقنينات الحديثة فى مصر - ١٨٧٥ ، ١٨٨٣ - كانت الشريعة الإسلامية هى النظام القانونى الحاكم للأحوال المالية والشخصية إلا انها احتراماً لحرية العقيدة كانت تسمح لغير المسلمين من اهل الكتاب بالاحتكام لشريعتهم فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية لمساسها بعقيدتهم . واستمر هذا الازدواج القانونى إلى ما بعد صدور هذه التقنينات والى ما بعد القانون رقم ٤٦١ ، ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الذى وحد جهات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية . بحيث أصبحت مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالمصريين المسلمين محكومة بما هو وارد فى م ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية اى بالراجح من مذهب أبى حنيفة اما ما يتعلق من هذه المسائل بالمصريين من غير المسلمين المتحدين فى الدين والملة والطائفة والذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون فإنهم يحتكمون فى نطاق النظام العام لشريعتهم . كل ذلك ما لم يصدر المشرع قانوناً موحداً ينطبق على جميع المصريين مسلمين او غير المسلمين كما هو الحال فى مسائل الميراث والولاية .

(٢) ارجع د. عبد المنعم البدراوى - مبادئ القانون ، ١٩٧٧ ، مكتب سيد عبد الله وهبة .

ولقد استقى التقنين المدنى المصرى من ثلاثة مصادر (١)- التقنين المدنى القديم في ضوء أحكام القضاء المصرى طوال سبعين عاماً - الفقه الاسلامى - التقنينات الحديثة .

ثانياً : القانون التجارى «Commercial law»

هو مجموعة القواعد التى تنظم الأعمال التجارية(٢) فى شتى جوانبها (العقود التجارية والشركات التجارية والأوراق التجارية وواجبات التاجر) ونشاط التجار فى ممارسة تجارتهم واخضاعهم لأحكام خاصة شأن مسك الدفاتر التجارية ولنظام الافلاس . وهو ما يظهر الفارق بين موضوع القانون المدنى الذى ينظم كافة الروابط الخاصة بغض النظر عن مهنة القائمين عليها عن القانون التجارى الذى يقتصر على تنظيم الروابط الناشئة عن القيام

- ثم فى مرحلة لاحقة سرعان ما تأثر القانون المدنى بقانون الشعوب . وفى العصر الوسيط اصبح يطلق على مجموعة القوانين التى جمعها الامبراطور جستنيان فى القرن السادس الميلادى اسم مجموعة **القانون المدنى** corpus juris civils تمييزاً لها عن مجموعة القانون الكنسى . وقد تطور اصطلاح القانون المدنى بعد ذلك ليصبح مرادفاً للقانون الخاص حيث أطلق مونتسكيو اصطلاح القانون المدنى للدلالة على القانون الخاص مقابلة بالقانون السياسى للدلالة على القانون العام . ارجع أيضاً د. رمضان أبو السعود: الوسيط فى شرح مقدمة القانون المدنى - ط ٢ - ١٩٨١ .

(١) ارجع تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ -- مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١

(٢) العمل يعتبر تجارياً فى حالتين :- **الأولى** : إذا كان القصد من إبرامه السعى لتحقيق الربح عن طريق تداول الثروات بصرف النظر عن صفة القائم به . وهذه الأعمال التجارية بطبيعتها إما انها تثبت لها الصفة التجارية دائماً ولو وقعت منفردة أى لمرة واحدة شأن الشراء لأجل البيع و شأن أعمال الصرف والبنوك والوساطة فى البضائع وصكوك الائتمان والوفاء التجارية (الكمبيالة) وأعمال التجارة البحرية . وأما ما يشترط لاكتسابها الصفة التجارية أن تباشر على سبيل **المقاولة** شأن مقاولة البيع بالمزاد . ومقاولة التوريد - مقاولة انشاء المبانى متى كان المقاول متعهداً بتوريد الأدوات والأشياء اللازمة لذلك ومقاولة الصناعة (تحويل المواد الأولية أو نصف الأولية الى أشياء تشبع حاجة انسانية كصناعة النسيج ، زجاج السيارات ، الالات) **ومقاولات الخدمات شأن مقاولة النقل البرى أو البحرى أو الجوى ومقاولة دور العرض العامة ، ومقاولات الوكالة بالعمولة .**

بالأعمال التجارية وعلى تنظيم نشاط أفراد بعينهم هم التجار(١) . ويرجع إستقلال المعاملات التجارية بقواعد خاصة إلى ما تستلزمه هذه المعاملات من قواعد تستجيب للسرعة والثقة التى تستلزمها هذه المعاملات(٢) .

مع ذلك تظل قواعد القانون المدنى هى الشريعة العامة التى تنطبق على العلاقات التجارية فيما لا نص فيه فى القانون التجارى وبما لا يتعارض مع قواعده .

ثالثاً : القانون البحرى «Maritime law»

يضم مجموعة القواعد التى تحكم النشاط البحرى بمناسبة الملاحة البحرية . فيضع التنظيم القانونى للسفينة من حيث التسجيل والعقود التى ترد عليها (بيع - تجهيز) . كما ينظم الروابط التى تنشأ بسبب الرحلة البحرية مثل عقد العمل . وعقد النقل . وعقد القرض والتأمين . وكذا تنظيم مسئولية مالك السفينة والربان والملاحين وعلاقتهم .

(١) انظر د. أكثم الخولى - الموجز فى القانون التجارى - ١٩٧٠ . ويحتوى القانون التجارى المصرى على طائفتين من القواعد . **الأولى** تنطبق على كل من يقوم بالعمل التجارى **والثانية** تختص بالتجار .

(٢) من قبيل القواعد التجارية المتميزة عن القانون المدنى : قواعد الاثبات ، فبينما الأصل فى نطاق المعاملات المدنية انه لا يجوز اثبات عكس الثابت بالكتابة إلا بالكتابة ، وانه لا يجوز اثبات التصرفات التى تزيد قيمتها عن حد معين إلا بالكتابة فإن القاعدة فى القانون التجارى إستجابة للسرعة فى التعامل والثقة بين المتعاملين حرية الاثبات فى جانبى القاعدة . وفى ذلك يقول الله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ... إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها » (البقرة ٢٨٢) كذلك فإنه بينما يجيز القانون المدنى للقاضى أن يمنح المدين أجلاً إضافياً للوفاء بدينه - م ٣٤٦ مدنى . إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم فإن هذا لا يستفيد به المدين فى الأوراق التجارية لأنها معاملات تقوم على السرعة بما لا يحتمل التأخير فى تنفيذ الالتزامات . ولضرورة تقوية الثقة فى الأوراق التجارية **تدعيماً للائتمان** .

ومن قبيل ذلك أيضاً أن التضامن لا يفترض بين المدينين فى دين مدنى على عكس الحال من افتراضه فيما بين المدينين [illegible] تقوية للائتمان التجارى وتدعيماً لحق الدائن فى اقتضاء حقه .

ذلك ولقد ساهم العرف البحري في تشكيل قواعد هذا القانون . ومن دواعي استقلال وذاتية القانون البحري عن التجاري كبر قيمة السفينة والحمولة البحرية وتعرضها لأخطار كبيرة ووجودها أثناء الرحلة البحرية بعيداً عن رقابة مالكها أضف إلى الصفة الدولية للنشاط البحري .

رابعًا : القانون الجوي :

ينظم العلاقات المتصلة بالملاحة الجوية وكل ما يتصل بأداة النقل الجوي في خصوص ملكيتها وبيعها ورهنها والنقل الجوي للبضائع والأشخاص وما ينجم عنه من مسئولية والتأمين الجوي . ومن أظهر ملامحه طابعه الدولي وهو ما يفسر تنظيمه أساساً باتفاقيات دولية .

خامسًا : قانون العمل : « Labour laws »

حيث تنظم قواعده علاقة العمل الخاصة التبعية المأجورة . على مستوى عقد العمل الفردي وكذا عقد العمل المشترك المنظم للعلاقات الجماعية للعمل . ذلك وتظل قواعد القانون المدني الشريعة العامة التي تنطبق على علاقة العمل فيما لا نص فيه وبما لا يتعارض مع مجموع قواعده . ولقد نشطت حركة التشريع لتنظيم علاقة العمل بقواعد خاصة تحمي الطبقة العاملة من عسف أصحاب الأعمال في أعقاب الثورة الصناعية وما لابسها من سيطرة المذهب الفردي بما أدى إليه من سوء حال الطبقة العاملة ويحكم علاقة العمل حالياً في مصر قانون العمل رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١(١) .

المطلب الثالث

فروع القانون المختلطة

بجانب فروع القانون التي يسهل تصنيفها إلى القسمين السابقين هناك من فروع القانون ما تقف طبيعتها وسطاً بين هذين التقسيمين .

(١) وقبله كان قانون العمل الموحد رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ . وقبله المرسوم بقانون ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ وقبله كان قانون عقد العمل الفردي ٤١ لسنة ١٩٤٤ .

أولاً : قانون المرافعات :

يضم مجموعة القواعد المنظمة للسلطات القضائية من حيث تحديد أنوا[ع] المحاكم وتشكيلها واختصاصها والإجراءات الواجبة الإتباع في رفع الدعاو[ى] المدنية والتجارية والفصل فيها وطرق الطعن في الأحكام وإجراءات تنفيذها فهو على هذا النحو يبين الإجراءات الواجب اتباعها أمام المحاكم وص[ولاً] لحماية الحق .

ووجه اعتبار قانون المرافعات من فروع القانون العام أنه يتصل بتنظيم الدولة للسلطة القضائية وهي إحدى سلطات الدولة (١) . ووجه اعتباره من فروع القانون الخاص أنه ينظم الطريقة الإجرائية في الدفاع عن الحقوق الخاصة المدنية والتجارية(٢) .

(١) ومن ثم قرر المشرع للقاضي دوراً إيجابياً في توجيه الدعوى وتسييرها . فأجاز للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخال من ترى إدخاله في الدعوى لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة (م ١١٨ مرافعات) . ثم أن المشرع يقدر أنه لا يجوز أن يطول أمد التقاضي لعدم شغل ساحة القضاء ومن ثم فإنه إذا اتفق طرفا الخصومة على وقفها فيجب ألا تزيد مدة الوقف على ستة أشهر (م ١٢٨ مرافعات) ولا يجوز تأجيل الدعوى أكثر من مرة لسبب واحد يرجع إلى أحد الخصوم على ألا تجاوز فترة التأجيل ثلاثة أسابيع (م ٩٨) وللمحكمة أن تحكم على من يتخلف من العاملين بها أو من الخصوم عن ايداع المستندات أو عن القيام بأي اجراء من اجراءات المرافعات في الميعاد الذي حددته له المحكمة أن تحكم عليه بغرامة لا تقل عن ١٠ جنيه ولا تجاوز ١٠٠ جنيه ويجوز لها بدلاً من ذلك أن تحكم بوقف الدعوى لمدة لا تجاوز ثلاثة أشهر بعد سماع أقوال المدعى عليه .

وإذا مضت مدة الوقف ولم يطلب المدعي السير في دعواه خلال ٣٠ يوماً التالية لانتهائها ، أو لم ينفذ ما أمرت به المحكمة حكمت المحكمة باعتبار الدعوى كأن لم تكن (٩٩ مرافعات) . على المدعي أن يرفق بصحيفة الدعوى جميع المستندات المؤيدة لدعواه ومذكرة شارحة (م ٦٥ مرافعات) . وفي جميع الأحوال تنقضي الخصومة بمضي ٣ سنوات على آخر اجراء صحيح منها اللهم الطعن بطريق النقض (م ١٤٠) .

(٢) ومن ثم فالمبدأ هو أن الخصومة ملك لطرفيها . وعلى ذلك فليس للقاضي أن يحكم من تلقاء نفسه بسقوط الخصومة ما لم يطلب ذلك صاحب المصلحة من الخصوم (م ١٣٤) ثم أنه لا يجوز للمحكمة أن تأمر بحلف اليمين [illegible] للمدعي الذي يحصل على [illegible] مستنداته في الميعاد المحدد إلا بعد سماع أقوال المدعى عليه (م ٩٩/٤) [illegible]

ثانياً : القانون الدولى الخاص «Private international law»

تبين قواعده ، بصدد العلاقات ذات العنصر الأجنبى(١) القانون الواجب التطبيق(٢) والجهة القضائية المختصة(٣) . كما تنظم قواعده جنسية

---

(١) العنصر الاجنبى فى العلاقة قد يكون مصدره : أطرافها او موضوعها ومحلها أو الواقعة المنشئة لها . إذ بينما العلاقة الوطنية فى جميع عناصرها (شأن البيع المبرم فى مصر على عقار موجود بها بين مصريين ، او زواج بين مصريين يبرم فى مصر) لا يثير مشكلة فى شأن اختصاص المحاكم المصرية بالنزاع الذى تثيره ، وانطباق القانون المصرى عليها للإنطباق الاقليمى للقانون الوطنى على العلاقة الوطنية . فإن المنازعات ذات العنصر الأجنبى شأن العلاقة المبرمة فى الخارج او التى محلها مال موجود بالخارج مبرمة فى الداخل لكن بين اجانب ، تثير مشكلة تحديد الجهة القضائية المختصة والقانون الموضوعى الواجب التطبيق .

(٢) تقوم قواعد القانون الدولى الخاص على مبدأ مؤداه السماح فى حدود معينة بتطبيق قانون اجنبى داخل حدودها على خلاف الأصل من إقليمية القانون الوطنى نزولاً على حكم الضرورات العملية المتمثلة فى تداخل العلاقات والمصالح بين الأفراد المنتمين لجنسيات مختلفة بما لا يتصور معه العزلة بين الدول وحيث يقدر الشارع أن تطبيق القانون الأجنبى أكثر تحقيقاً للعدالة او اكثر ملائمة أو مناسبة بما لا يتعارض مع النظام العام والآداب لديه إذ قد يؤدى التمسك بضرورة تطبيق القانون الوطنى إلى حرمان الأجنبى من ماله بدعوى أن سبب تملكه له فى دولته لا يوافق قانون الدولة التى انتقل إليها مع ماله .
ولما كان لا توجد قواعد دولية تتصدى لتحديد الجهة القضائية أو للقانون الواجب التطبيق ، فإنه يتم التصدى لذلك فى إطار القانون الداخلى لكل دولة فيما يعرف بقواعد القانون الدولى الخاص . وتختص القواعد الدالة على القانون الواجب التطبيق بإسم «قواعد الاسناد» .
ومن امثلة قواعد الاسناد المصرية ما تقرره م ١٩ مدنى « قانون موقع العقار هو الذى يسرى على العقود التى ابرمت فى شأن هذا العقار » م ٢١ مدنى « يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون البلد الذى وقع فيه الفعل المنشىء للالتزام ... » م ١٥ «يسرى على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب قانون المدين بها » م ٢٢ مدنى « يسرى على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالاجراءات قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الاجراءات » .

(٣) **تقتصر وظيفة قاعدة الاسناد فى هذا المقام على اثبات او نفى الاختصاص القضائى لمحاكمها دون أن تملك اثباته لمحاكم دولة أخرى لتعارض ذلك مع اعتبارات السيادة ويتصل بذلك ضوابط تنفيذ الحكم الأجنبى .**

المنتسبين للدولة وكذا تنظيم مركز الأجانب وتحديد نطاق أهلية وجوبهم للحقوق العامة والخاصة . ولقد اختلف الفقه فى تحديد طبيعة هذا الفرع فى شأن كل موضوع من موضوعاته . ففى شأن الجنسية كرابطة قانونية سياسية بين شخص القانون الخاص والدولة باعتبارها سلطة ذات سيادة يرجح اعتبار قواعدها من قواعد القانون العام .

أما قواعده المنظمة لتنازع القوانين وتحديد القانون الواجب التطبيق فلقد ذهب رأى إلى اعتبارها ضمن **قواعد القانون العام** لتعلقها بتحديد مدى ولاية القانون من حيث المكان وهو ما يتصل بالسيادة التشريعية للدولة . **بينما ذهب رأى آخر إلى اعتبارها ضمن قواعد القانون الخاص** بالنظر إلى طبيعة المسائل التى تحكمها هذه القواعد ، حيث لا يعرض التنازع إلا فى نطاق مسائل قانون الخاص من زواج أو ميراث أو حقوق مالية وروابط تعاقدية أو غير تعاقدية . أما عن **قواعد تنازع الاختصاص القضائى** فيغلب عليها الصفة العامة لإتصالها بتنظيم السلطة القضائية فى الدولة .

أما عن مركز الأجانب فلقد تراوح الخلاف فى شأنها بالنظر لاتصالها بالحقوق العامة والخاصة للأجانب على السواء وإن كان يغلب عليها الوصف العام بالنظر لأن موقف الدولة تجاه الأجانب بصفة عامة يعد مسألة سياسية

الباب الثالث*

مصادر القاعدة القانونية

تمهيد :

لا تعزز الجماعة ، القاعدة القانونية بجزاء على مخالفتها إلا إذا صدرت من الجهة المعتبرة كتعبير شرعى عن إرادتها ، ومن ثم فإن دراسة المصادر الرسمية للقاعدة إنما هى دراسة لطرق التعبير المعتمدة عن إرادة الجماعة الملزمة فى صورة قاعدة قانونية .

إلا أن هذه الدراسة لا بد أن تستبق من ناحية بدراسة العناصر المؤثرة فى تشكيل مضمون وجوهر القانون والتى تستلهمها المصادر الرسمية لدى وضعها للقانون الوضعى . وهو ما درج على دراسته تحت مبحث المصادر الموضوعية أو المادية للقانون تمييزاً لها عن المصادر الرسمية التى يصدر عنها الحكم القانونى الواجب التطبيق .

ثم يلى ذلك دراسة لصياغة القاعدة القانونية ، للتعرف على طريقة التعبير عن مضمون القاعدة على اعتبار أن اختيار طريقة التعبير يختلف بحسب مضمون القاعدة . ويؤثر التوفيق فى اختياره على مدى نجاح التنظيم القانونى فى تحقيق هدفه .

ومن ثم تتحدد خطة بحثنا فى هذا الباب على **النحو التالى :**

الفصل الأول : المصادر الموضوعية للقاعدة القانونية .

الفصل الثانى : صياغة القاعدة القانونية .

الفصل الثالث : المصادر الرسمية للقاعدة القانونية .

---

* موضوعات هذا الباب بتتابع ورودها الى نهاية موضوع « تدرج التشريعات » من تأليف الدكتور همام محمد محمود زهران .